Das Grundrecht der Gleichheit und die Rechtsetzung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Philippsuniversität zu Marburg

vorgelegt von

Wolfgang Dix

Gerichtsreferendar aus Berlin.

Marburg 1931.

Das Grundrecht der Gleichheit und die Rechtsetzung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Philippsuniversität zu Marburg

vorgelegt von

Wolfgang Dix

Gerichtsreferendar aus Berlin.

Marburg 1931.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 5. März 1931.

Berichterstatter: Ministerialrat a. D., Prof. Dr. Dr. Genzmer.
Geh. J. R. Prof. Dr. Manigk.

Meinem Onkel

Rudolf Hofmann

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547924_0040

Schrifttum.

Aldag: „Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung." Kieler Diss. 1925.

Anschütz: „Die Verfassung des Deutschen Reiches." 2. Auflage, 1921.

— „Die Verfassung des Deutschen Reiches." 10. Auflage, 1929.

— „Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat." 1912.

— Besprechung: „Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, Festgabe an das O.V.G." J. W. 1927, S. 430.

— Besprechung: Nawiasky: „Bayrisches Verfassungsrecht." Verw. Arch. 30, S. 348.

— In den Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, Seite 47.

— In den Verhandlungen des 34. (Kölner) Juristentages 1927, Seite 209.

Bergbohm: „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie." 1892.

Bertram: Besprechung des Heftes 5 der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer. Verw. Arch. 35, Seite 123, 1930.

Beyerle: „Die Verfassung des Deutschen Reiches."

Binder: „Philosophie des Rechts. 1925.

— „Recht und Macht." Beiheft 8 der Beiträge zur Philosophie des Deutschen Idealismus, 1921.

— „Rechtsbegriff und Rechtsidee." 1915.

— „Die Gerechtigkeit als Lebensprinzip des Staates." 1926.

— „Staatsraison und Sittlichkeit." 1929.

Bredt: „Der Geist der deutschen Reichsverfassung." 1924.

Breiholdt: „Das Grundrecht der Gleichheit vor dem Gesetz im Art. 109, Abs. I. R.V." Preußisches Verw. Blatt 47, 1925/26, S. 110.

Bühler: „Die Reichsverfassung vom 11. 8. 1919." 1927.

— „Lehrbuch des Steuerrechts." Band I, 1927.

Burckhardt: „Kommentar der Schweizer Bundesverfassung." 1914.

Darmstaedter: „Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates." Heidelberger rechtswissenschaftl. Abhandlungen, 1930.

Duguit: „Traité de droit constitutionnel." Band I, 1923.

Finger: „Das Staatsrecht des Deutschen Reiches in der Verfassung vom 11. 8. 1919." 1923.

Fleiner: „Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts." 1928.

— „Schweizerisches Bundesstaatsrecht." 1923.

Freund: „Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika." 1911.

von Freytagh-Loringhoven: „Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit." 1924.

Friedrichs: „Gleichheit vor dem Gesetz." Jur. W. 1927, Seite 425.

Genzmer: „Die schwedische Verfassung." (Aus Schwedens Staats- und Wirtschaftsleben.) Heft 6—11 der Schriften für staatswissenschaftliche Fortbildung, 1925.
— „Staat und Nation." Rektoratsrede. Marburger akademische Reden, Nr. 47, 1929.
— Aufsätze im Politischen Handwörterbuch. II. 1923.

„Obrigkeitsstaat"	Seite 225,
„Polizeistaat"	Seite 335,
„Rechtsstaat"	Seite 418,
„Republik"	Seite 477,
„Staatsabsolutismus"	Seite 670,
„Staatsgewalt"	Seite 689.

Gerber: „Gesetz und Verfassung." Zeitschr. f. Ostrecht. 1929, Seite 1.
— Besprechung: Tatarin-Tarnheyden: „Staat und Recht." J. W. 1926, Seite 2515.
Giese: „Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919." 1921.
— „Grundriß des Reichsstaatsrechts." 1923.
— Besprechung: Aldag: „Die Gleichheit vor dem Gesetz in der R.V." Preußisches Verw. Bl. 1925/26, Seite 117.
Gmelin: „Einführung in das Reichsverfassungsrecht." 1929.
Goldschmidt: „Gesetzesdämmerung." J. W. 1924, Seite 245.
Grasshoff: Besprechung des Urteils des Großen Senats des Reichsversorgungsgerichts in Rechtsfragen vom 21. 10. 1924. D.J.Z. 30, 332.
Grau: „Zum Gesetzentwurf über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen und Reichsverordnungen." Arch. f. öffl. R., N. F. 11, Seite 287. 1927.
Gysin: „Naturrecht und Positivität des Rechts." Zeitschr. f. öffl. R., Band 8, Seite 52.
Hatschek: „Deutsches und preußisches Staatsrecht." Bd. I, 1922.
Heller: In den Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, Seite 57. 1927.
Hensel: „Staatsrechtliche Fragen in den Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs." Arch. f. öffl. R., N. F. 6, Seite 311. 1924.
— In den Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer. Heft 3, S. 43. 1927.
— „Grundrechte und Rechtsprechung" in der Festgabe für das Reichsgericht. I, S. 1.
Herrfahrdt: „Wege und Grenzen der Verfassungsänderung" in „Reich und Länder". Bd. III, S. 270. 1930.
von Hippel: „Zur Auslegung des Art. 109/I R.V." Arch. f. öffl. R., N. F. 10, S. 124. 1926.
— In den Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, Seite 43.
— „Sind sittenwidrige Gesetze ungültig?" D.J.Z. 1928, Sp. 1517.
— „Über die Verbindlichkeit der Gesetze." Arch. f. öffl. R., N. F. 18, S. 86. 1930.
Hofacker: „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen." 1926.
Hölk: „Ist der Gesetzgeber selbstherrlich?" Marburger Diss. 1929.
Holstein: „Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft." Arch. f. öffl. R., N. F. 11, S. 1. 1926.
— In den Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, S. 55. 1927.
Hubrich: „Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches." 1921.
Jacobi: „Reichsverfassungsänderung" in der Festgabe für d. Reichsgericht. I, S. 233. 1929.

von Jagemann: „Perverses Steuerrecht.“ D.J.Z. 1924, Sp. 4—28.
— Besprechung: Georg Meyer: „Lehrbuch des deutschen Staatsrechts.“ Preuß. Verw. Bl. 36, S. 300.
Jellinek, Georg: „Allgemeine Staatslehre.“ 1922.
— „Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte.“ 1919.
— „System der subjektiven öffentlichen Rechte.“ 1919.
Jellinek, Walter: „Verwaltungsrecht.“ 1929.
— „Verfassung und Verwaltung des Reiches und der Länder“ in Teubners Staatskunde. Bd. II, Heft 2. 1926.
— In den Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, S. 59. 1927.
— „Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich und die Splitterparteien.“ Arch. f. öffl. R., N. F. 15, S. 111.
Jhering: „Der Geist des römischen Rechts.“ Bd. II, 1874.
Kantorowicz: (Gnaeus Flavius): „Der Kampf um die Rechtswissenschaft.“ 1906.
Kaufmann: „Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der R.V.“ Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, S. 2. 1927.
Kelsen: „Die Idee des Naturrechts.“ Zeitschr. f. öffl. R., 7, S. 221. 1928.
— „Österreichisches Staatsrecht.“ 1923.
— „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit.“ Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, S. 30. 1929.
— In den Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, S. 53. 1927.
Krabbe: „Der ‚innere‘ Wert des Rechts.“ Rektoratsrede 1924. Internat. Z. für die Theorie des Rechts, I, S. 3.
Külz: „Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts.“ D.J.Z. 31, Sp. 837.
Laband: „Deutsches Reichs-Staatsrecht.“ 1919.
Laun: „Recht und Sittlichkeit“, Rektoratsrede. 1924.
Leibholz: „Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage.“ 1925.
— Die Gleichheit vor dem Gesetz. Ein Nachwort zur Auslegung des Art. 109/I R.V.“ Arch. f. öffl. R., N. F. 12, S. 1. 1927.
— Besprechung des Urteils des Schweizer Bundesgerichts vom 18. 5. 1923. Verw. Arch. 31, S. 231.
— „Das Verbot der Willkür und des Ermessensmißbrauchs im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten.“ 1929.
Leonhard: „Auslegung und Auslegungsnormen.“ Marburger akademische Reden, Nr. 37. 1915.
Mainzer: „Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht.“ 1929.
Manigk: „Die Idee des Naturrechts“ in der Festgabe für Stammler. 1926.
— „Wie stehen wir heute zum Naturrecht?“ 1926.
— „Formalismus und Freirechtsschule“ in Stier-Somlos Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, II, S. 474.
— „Savigny und der Modernismus im Recht.“ 1914.
— „Juristische Aufgaben der Rechtsphilosophie.“ Jur. Wochenschrift 1930, S. 234 ff.
— Art. „Unwirksamkeit. Ungültigkeit“ in Stier-Somlos Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. VI, S. 292 ff.
Marschall v. Bieberstein: „Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze.“ 1927.
Marx: „Gesetz und Richter.“ Deutsche Richterzeitung, Jhrg. 22, S. 41.
Mayer, M. E.: „Rechtsphilosophie.“ 1926.

Mayer, Otto: „Deutsches Verwaltungsrecht." II, 1924.
Menzel: „Ausnahmegericht und ‚gesetzlicher' Richter." Breslauer Diss. 1925.
Meyer-Anschütz: „Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts." 1919.
Mezger: „Sein und Sollen im Recht." 1920.
Michaelis: „Kann der Reichstag Gesetze, die im Wege des Volksentscheids erlassen sind, beliebig wieder aufheben?" D.J.Z. 1929, Sp. 1451.
Morstein-Marx: „Zur Frage der Rechtsgültigkeit des Hamburgischen Gehaltssummensteuergesetzes." Hanseat. Rechtszeitschr. 1923, S. 835.
— „Art. 13/II der R.V. und der Streit um die richterliche Prüfungszuständigkeit." Arch. f. öffl. R., N. F. 6, S. 218. 1924.
Nawiasky: „Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der R.V." in den Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, S. 25. 1927.
— „Bayrisches Verfassungsrecht." 1923.
Nelson: „System der philosophischen Rechtslehre und Politik." 1924.
Poetzsch-Heffter: „Handkommentar der Reichsverfassung." 1928.
Radbruch: „Grundzüge der Rechtsphilosophie." 1914.
Rümelin: „Die Gleichheit vor dem Gesetz." 1928.
— „Die Gerechtigkeit." 1920.
Schaelicke: „Über die Spruchübung des Reichswirtschaftsgerichts in Aufruhrschadensachen." J. W. 1922, S. 1695.
Scheuner: „Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte." Verw. Arch. 33, S. 68.
Schlick: „Allgemeine Erkenntnislehre." 1918.
Schmitt: „Verfassungslehre." 1928.
— „Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums in der Weimarer Verfassung." 1926.
— „Der Hüter der Verfassung." Arch. f. öffl. R., N. F. 16, S. 161.
— „Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung." Festgabe für d. Reichsgericht, Bd. I, S. 154. 1929.
— Besprechung: Anschütz: Kommentar der R.V. 3. und 4. Auflage. J. W. 1926, S. 2271.
Selcher: Besprechung: Aldag: „Die Gleichheit vor dem Gesetz." Fischers Zeitschr. 59, S. 130.
Simons: „Das Reichsgericht in Gegenwart und Zukunft." D.J.Z. 1924, Sp. 242.
Smend: „Verfassung und Verfassungsrecht." 1928.
— „Die politische Gewalt im Verfassungsstaate und das Problem der Staatsform" in der Festgabe für Wilhelm Kahl. Heft III, 1923.
Spann: „Der wahre Staat." 1923.
Stammler: „Die Lehre vom richtigen Recht." 1926.
— „Privilegien und Vorrechte." 1903.
— „Lehrbuch der Rechtsphilosophie." 1923.
Stier-Somlo: „Reichs- und Landesstaatsrecht." Bd. I, 1924.
— „Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung." Festgabe für Laband, Bd. II, S. 445. 1908.
— „Artikel 109. Gleichheit vor dem Gesetz." In Nipperdeys Kommentar zum II. Teil der R.V. 1929.
— Artikel „Grundrechte" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. III, 1928.
— „Reichsstaatsrecht." Bd. II (Bd. 968 der Sammlung Goeschen), 1927.
Stuckmann: „Die Grenzen der Verfassungsautonomie der deutschen Länder." Marburger Diss. 1930.
Tatarin-Tarnheyden: „Rechtspositivismus und modernes Naturrecht." Zeitschr. f. öffl. R., 7, S. 43. 1928.

Thoma: „Grundrechte und Polizeigewalt“ in der Festgabe für das preuß. O.V.G., S. 217. 1925.
— „Das richterliche Prüfungsrecht.“ Arch. f. öffl. R., N. F. 4, S. 267. 1922.
— „Die juristische Bedeutung der Grundrechtssätze in der R.V. im Allgemeinen.“ (In Nipperdeys Kommentar zum II. Teil der R.V.) 1929.
— „Die Staatsgerichtsbarkeit des Deutschen Reiches“ in der Festgabe für d. Reichsgericht. I, S. 179. 1929.
— In den Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, S. 58. 1927.
Triepel: „Goldbilanzverordnung und Vorzugsaktien.“ 1924.
— „Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern“ in der Festgabe für Wilhelm Kahl, Heft II. 1923.
— „Die Ermächtigungsgesetze.“ D.J.Z. 1924, Sp. 2.
— „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“ in den Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, S. 1. 1929.
— „Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung.“ Arch. f. öffl. R., Bd. 39, S. 456.
— In den Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, S. 44 u. 50. 1927.
Troeltsch: „Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen.“ 1912.
Waldecker: „Das deutsche Verfassungsrecht.“ 1926.
Wegner: Besprechung: Leibholz: „Die Gleichheit vor dem Gesetz“ in der Zeitschr. f. Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis. Bd. IV, S. 146. 1929.

Materialien:

Verhandlungen des preußischen Abgeordnetenhauses vom 17. 4. 1886. Stenogr. Ber. S. 1728.
Deutsch-Polnisches Abkommen über Oberschlesien vom 15. 5. 1922 (R.G.Bl. II, S. 238).
Polnischer Minderheitenschutzvertrag vom 28. 6. 1919.
Denkschrift der deutschen Regierung für den Ständigen Internationalen Gerichtshof zur Begutachtung für die Fragen betr. die Ansiedler und Pächter in Polen. 1923.
Verhandlungen des 34. (Kölner) Juristentages. 1927.
Sitzungsberichte der Deutschen Nationalversammlung, 54. und 71. Sitzung.
Berichte und Protokolle des 8. Ausschusses der Nationalversammlung.
Verfassungsentwurf des Vereins „Recht und Wirtschaft". 1919.
„Entwurf eines Gesetzes über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts." Drucksache des Reichstages Nr. 382, IV. Wahlperiode. 1928.
Niederschrift des 13. Ausschusses des Reichstages (Rechtsausschuss) vom 20. 4. 1926, 72. Sitzung.
Niederschrift des Reichsrats vom 13. 4. 1927, 25. Sitzung, § 337.
Kundgebung des Richtervereins beim Reichsgericht. J. W., 1924, S. 90.

Entscheidungen:

Bayrisches Oberstes Landesgericht vom 20. 3. 1926 D.J.Z. 31, Sp. 903.
Danziger Obergericht vom 17./18. 1. 1926. D.J.Z. 31, Sp. 296.
Preußisches Oberverwaltungsgericht, Bd. 56, S. 230; Bd. 63, S. 168; Bd. 69, S. 407; Bd. 71, S. 333; Bd. 72, S. 290; Bd. 80, S. 42; preuß. Verwaltungsblatt Bd. 17, S. 227; Bd. 29, S. 649.
Hamburgisches Oberverwaltungsgericht vom 17. 1. 1927. J. W. 27, S. 1288.
Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich vom 15. 10. 1927 in R.G.Z. 118, Anhang S. 4.
Reichsgericht in Zivilsachen vom 4. 11. 1925, Bd. 111, S. 320 u. D.J.Z 30, 1805; vom 29. 1. 1926, Bd. 113, S. 2 u. D.J.Z. 31, 673; Bd. 126, S. 161.
Reichsgericht in Strafsachen vom 15. 12. 1921, Bd 56, S. 77.
Reichsfinanzhof vom 23. 3. 1921, Bd. 5, S. 333; vom 7. 12. 1926, D.J.Z. 32, Sp. 232.
Schweizer Bundesgericht, Bd. 6, S. 172.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1 **Problemstellung** 1

Entwicklung der Aufgabe.
Gliederung der Arbeit.

§ 2 **Die geschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes** 4

Der Gleichheitssatz in der Demokratie.
Geschichtliche Entwicklung bis 1919.
Die Entstehung des Art. 109/I in Weimar.
Die Auslegung des Art. 109/I.

§ 3 **Positivrechtliche Auslegung** 12

Der Wortlaut.
Der Zusammenhang.
Die Geschichte.
Rechtsvergleichung.
Teleologische Untersuchung.
Zusammenfassung der Ergebnisse.

§ 4 **Überpositivrechtliche Auslegung** 32

Berechtigung überpositivrechtlicher Betrachtung.
Ergebnis der überpositivrechtlichen Auslegung.

§ 5 **Begrenzung des Gleichheitsbegriffs** 46

Abgrenzung der relativen und absoluten Gleichheit gegeneinander.
Die Ansicht Anschütz' und seiner Anhänger: Art. 109/I als Programmsatz.
Die einschränkende Anwendung des Gleichheitssatzes:
Nawiasky - von Hippel: Art. 109/I als Verbot persönlicher Ungleichheit.
Stammler-Schmitt: Art. 109/I als Verbot von Individual- und Klassengesetzen.
Rümelin: Die Forderung der Rechtssicherheit als Grenze persönlicher Rechtsgleichheit.
Die unbedingte Anwendung des Gleichheitssatzes:
Kaufmann: Die Bestimmung des Gleichheitsbegriffs durch die lautere Persönlichkeit des Urteilenden.
Triepel und seine Anhänger: Art. 109/I als Verbot unsachlicher Unterscheidungen.
Begründung der eigenen Ansicht:
Gleichstellung von Willkür des Gesetzgebers und Ermessensmißbrauch des Verwaltungsbeamten.

Seite

§ 6 **Der Rechtsschutz** 57

Notwendigkeit der Untersuchung.
Art. 109/I gewährt ein subjektives öffentliches Recht.
Die Rechtsschutzgarantien der Reichsverfassung.
Die richterliche Prüfungszuständigkeit:
bei: Verwaltungsmaßnahmen,
Landesgesetzen,
Reichsgesetzen,
Reichsverfassungsgesetzen.
Die Übertragung der Prüfungszuständigkeit auf den Staatsgerichtshof.

§ 7 **Zusammenfassung der Ergebnisse** 84

§ 1.

Problemstellung.

> In der Vereinigung der drei Staatsgewalten besteht das Heil des Staates, worunter man nicht das Wohl der Staatsbürger und ihre Glückseligkeit verstehen muß; denn die kann vielleicht im Naturzustande oder auch unter einer despotischen Regierung viel behaglicher und erwünschter ausfallen, sondern den Zustand der größten Übereinstimmung der Verfassung mit Rechtsprinzipien versteht, als nach welchen zu streben, uns die Vernunft durch einen kategorischen Imperativ verbindlich macht. Kant.

Die Frage, ob das Grundrecht der Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 109/I RV.) auch auf die Rechtsetzung Anwendung finden soll, führt in einen sehr lebhaften Meinungsstreit hinein, der vor einigen Jahren fast urplötzlich entstand. Der Streit hat sich seitdem unter reger Beteiligung der Staatsrechtswissenschaft wie der Praxis dahin entwickelt, daß heute die ursprünglich fast unbestritten geltende Auffassung einer starken Gegnerschaft zu unterliegen droht; stark nicht nur hinsichtlich der Zahl, sondern auch hinsichtlich des Gewichts der Stimmen.

Um das Problem der Untersuchung zu erkennen, ist der Sinn der Fragestellung kurz zu erörtern.

Art. 109 wird als „Grundrecht" bezeichnet, weil er in dem so überschriebenen zweiten Hauptteil der Reichsverfassung Aufnahme gefunden hat. Grundrechte und Grundpflichten in rein formalem Sinne sind schlechthin die Sätze innerhalb dieses zweiten Teiles; damit ist die Frage aber nicht entschieden, sondern erst aufgeworfen, ob Art. 109/I auch ein Grundrecht im engeren Sinne ist, d. h. ein Hauptsatz, der jedem Staatsbürger ein subjektives Recht zubilligt, das durch keine Staatsfunktionen angetastet werden darf. Dies war der Sinn der klassischen Grund- und Freiheitsrechte der amerikanischen und französischen Verfassungen. Demgegenüber enthält die Reichsverfassung neben einzelnen Grundrechten in diesem engeren Sinne (z. B. Art. 118/II, 123, 135) auch viele Sätze, die nur als Programmsätze für

eine künftige Gesetzgebung aufgefaßt werden können (Art. 109/III/1. 128/II und 143/II) und an den Reichs- oder Landesgesetzgeber, gelegentlich auch an die Verwaltungs- und Rechtsprechungsbehörde einen Befehl erteilen. Schließlich enthält der zweite Abschnitt der Reichsverfassung mehrere Erweiterungen der Reichskompetenz, die systematisch bei den Artikeln 6—12 stehen müßten, während andererseits Grundrechte i. e. S. auch im ersten Teil der Reichsverfassung in großer Zahl verteilt sind. Man wird die Grundrechte daher mit Thoma[1]) nur definieren können als „nicht unmittelbar verfassungsorganisatorischer Inhalt der Reichsverfassung".

Wohin der Art. 109/I in dieser Gruppierung gehört, das ist wesentlich davon abhängig, ob die Untersuchung zu dem Ergebnis kommt, daß das Grundrecht der Gleichheit auch die rechtsetzende Gewalt binde. Ist dies der Fall, und zwar so, daß der Einzelne ein subjektives Recht auf Beachtung dieser Bindung hat, dann ist Art. 109/I ein Grundrecht im engeren Sinne.

Die „Gleichheit" selbst ist der schwierigste unter allen Begriffen des Themas. Ihre Entwicklung durch alle Jahrhunderte menschlichen Rechtsempfindens hindurch, ihre enge Verknüpfung im politischen Kampf mit dem Begriff der Freiheit haben es mit sich gebracht, daß die Gleichheit vieldeutig geworden ist. Sie hier kurz zu bestimmen, ist nicht möglich, der Versuch, sie zu bestimmen, wird den Hauptinhalt der Untersuchung bilden, denn wer verlangt, daß beim Erlaß von Gesetzen gleich und nicht ungleich verfahren werde, der muß auch angeben, was gleich und ungleich sei.

Zu untersuchen ist nun, in welcher Beziehung der Gleichheitssatz zur Rechtsetzung steht. Es darf als feststehend gelten, daß der Art. 109/I einen bindenden Befehl für Verwaltung und Rechtsprechung enthält; um so umstrittener ist die weitere Frage, ob dieser Befehl auch für die gesetzgebende Gewalt eine Bindung aufstellt.

Die gesetzgebende Gewalt kann mit Mainzer[2]) bestimmt werden als die „Gesamtheit der Gewalten, denen nach der Verfassung eine Entscheidung darüber zukommt, ob ein Wollen die Geltung des Gesetzes erlangen soll".

Ob diese Gewalt „gebunden" ist, d. h. gezwungen ist, kein Gesetz zu erlassen, das im Widerspruch zu dem bindenden Grundrecht stehen würde, ist die erste Frage. Die zweite Frage, die sich nach Bejahung der ersten sofort erhebt, ist die, nach der Reichweite solcher Bindung. Soll der Art. 109/I hinsichtlich der Rechtsetzung aktuelles Recht sein oder nur ein Programm-

[1]) Die jur. Bedeutung der Grundrechtssätze, in der R.V. i. Allg., S. 1.
[2]) Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht S. 73.

satz, der einer näheren Ausgestaltung noch harrt, oder der doch nur bei noch zu erlassenden Gesetzen zu beachten wäre? Die dritte und vierte Frage, die sich anschließen, richten sich auf die Folgerungen, die aus einer Bejahung der ersten Fragen gezogen werden müssen: soll ein Gesetz, das der Bindung zum Trotz erlassen wurde, nichtig oder nur anfechtbar sein? Und: wer soll Wächter darüber sein, wann die Bindung mißachtet wurde, wann nicht? Soll die Tatsache, daß die gesetzgebende Gewalt gebunden ist, dem Staatsbürger einen Anspruch auf Beachtung dieser Bindung geben?

Somit ist die Fragestellung mit anderen Worten zu wiederholen: ist die gesetzgebende Gewalt des Reiches und der Länder gezwungen, nur solche Gesetze zu erlassen, die alle Deutschen gleich behandeln? Welche Art und welches Maß der Gleichheit soll dabei Anwendung finden? Welches soll die Folge sein, wenn ein Gesetz gegen den Art. 109/I doch verstößt, und wer soll darüber entscheiden, ob ein solcher Verstoß vorliegt?

Daraus ergibt sich die Gliederung der Untersuchung: Nach einem kurzen geschichtlichen Überblick, der insbesondere zeigen soll, eine wie verschiedene Bedeutung und Gestaltung der Gleichheitssatz schon gefunden hat, ist die Frage aufzuwerfen: Ist der Gesetzgeber überhaupt gebunden? Eine Frage, die positivrechtliche und überpositivrechtliche Auslegung erfahren muß. Der Streit um den Art. 109/I hat sich schon von vornherein zu einem Kampf zwischen Positivismus und Überpositivismus entwickelt. Die Bestimmung des Gleichheitsbegriffs ist nur unter Zuhilfenahme rechtsphilosophischer Erwägungen möglich und wird daher von den Positivisten — sofern es sich um relative Gleichheit handelt — als unmöglich abgelehnt. Aufgabe dieser Untersuchung kann es nicht sein, den Streit erschöpfend zu schildern, er kann vielmehr nur soweit Berücksichtigung finden, als er für die Lösung der Aufgabe von Wichtigkeit wird. Es soll daher die Frage, ob der Gesetzgeber aus Art. 109/I überhaupt gebunden ist, zunächst unter Zuhilfenahme der positivrechtlichen Auslegungsmittel: Wortsinn, Zusammenhang, Geschichte, Rechtsvergleichung beantwortet werden. Später soll dieselbe Untersuchung vom überpositivrechtlichen Standpunkt geführt werden und auf Grund der dabei gewonnenen Ergebnisse schließlich die inhaltliche Bestimmung der Gleichheit versucht werden. Dieser Teil, (§ 5) enthält dann das eigentliche Kernstück der Aufgabe. Die Ansichten gehen hier so weit auseinander, daß die Darstellung sich zu einer Schilderung der Meinungen gestalten muß, die sich wesentlich in drei große Gruppen einteilen lassen. Im letzten Teile der Bearbeitung (§ 6) ist schließlich die eng mit dem ganzen Problem verbundene Frage der Rechtsschutzgarantien der Reichsverfassung in Kürze zu

untersuchen. Dafür kommt außer den Garantien der Verfassung in der Hauptsache das sogen. Prüfungsrecht der Gerichte in Frage.

§ 2.

Die geschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes.

Die Entwicklung des Gleichheitssatzes, läßt sich in großen Zügen dahin kennzeichnen, daß der Satz in einer gewissen Verbindung mit liberalen Anschauungen überhaupt sich entwickelt. Eine Ausnahme macht der Gleichheitsbegriff der Kirche, der das Mittelalter beeinflußt; aber auch der Gleichheitsbegriff der frühchristlichen Zeit zeigt Ähnlichkeit mit dem der Aufklärung. Die Ideengeschichte des Gleichheitssatzes ist für die Auslegung einer gegenwärtigen Verfassungsbestimmung von großer Bedeutung, denn der Entwicklungsgang jeder Idee zeigt stets ein gewisses Streben, sich in der einen oder anderen Richtung zu entwickeln. Wer die Unfruchtbarkeit der Ideengeschichte behauptet[3]), muß die Ansicht vertreten, daß es nicht e i n e n Gleichheitssatz, sondern eine ganze Reihe, innerlich völlig von einander unabhängiger Sätze gebe, deren jeder seine jeweils ganz eigentümliche Bedeutung haben könne. Es bedarf aber nur eines Hinweises auf die Rolle, die der Gleichheitssatz in der französischen Revolution und anschließend in den deutschen Revolutionsbewegungen gespielt hat, um überzeugend die engen Zusammenhänge dieser Gedanken und Anschauungen zu zeigen. — Niemand wird behaupten, daß der Gleichheitssatz vollinhaltlich jedesmal übernommen worden sei, ebensowenig aber ist zu bestreiten, daß es eine Idee der Gleichheit gibt, die als Idee Erbgut der Generationen ist. Ist dann einmal die gegenwärtige Bedeutung umstritten, so ist der Sinn, den andere Zeiten der Idee gaben, für die Auslegung bedeutungsvoll[4]).

Die für die Beurteilung der Reichsverfassung maßgebende Bedeutung erhält der Satz wesentlich — d. h. von der englischen Entwicklung einmal abgesehen — im 18. Jahrhundert. Damals findet er sich mit der Freiheit, später mit der rechtlich inhaltlosen Brüderlichkeit vereinigt. Sein Gehalt ist ausschließlich politisch. Die Forderung nach Gleichheit ist die Forderung nach gleichberechtigter Beteiligung des Bürgertums an der Regierung des Staates. Es muß dahingestellt bleiben, ob man aus dieser Entwicklung den Schluß ziehen kann, daß der Begriff der Gleichheit mit dem Demokratismus unlöslich verbunden ist,

---

[3]) Mainzer, Gleichheit usw. S. 10 ff.
[4]) Thoma, jur. Bed. der Grundrechte S. 13.

wie es Leibholz[5]) tut; sicher ist, daß man nicht jeden Zusammenhang zwischen den Begriffen Gleichheit, Demokratie, Volkssouveränität, Parlamentarismus, gleiches Wahlrecht leugnen kann[6]).

In der neueren Zeit zeigt sich der Aufklärungszeit gegenüber die Neigung, den Gleichheitssatz auszudehnen auch auf wirtschaftliche Verhältnisse, kurz auf die ganze Rechtslage der Staatsbürger. Darauf deutet Nawiasky hin[7]), wenn er davon spricht, daß die „sachliche, objektive Rechtsgleichheit" erst von der Mitte des 19. Jahrhunderts ab begonnen habe, sich durchzusetzen. Es zeigt sich das Bestreben, den Gleichheitssatz in immer weiterem Umfange anzuwenden, immer weitere Verhältnisse seinem Urteil zu unterstellen. Es bleibt demgegenüber Aufgabe der Wissenschaft, die Grenze zu bestimmen, die heute auch der weitesten Ausdehnung des Gleichheitssatzes gezogen ist. Sie läuft einmal persönlich, wenn man Minderjährige, Geisteskranke usw. rechtlich ungleich behandelt, anderseits sachlich, wenn man zwar die rechtliche Stellung für alle ausgleicht, nicht aber z. B. die wirtschaftliche. Über den materiellen Bestand des Gleichheitsrechtes wird im § 5 zu sprechen sein; so viel läßt sich aber schon jetzt sagen, daß sein Inhalt nie mit absoluter, sondern stets nur mit relativer Geltung zu ermitteln sein wird. Eine neue Zeit wird auch der Gleichheit einen neuen Inhalt geben, sei es einschränkend, sei es noch mehr erweiternd bis zum Idealkommunismus.

In einem Staate mit liberaler Verfassung hat der Gleichheitssatz stets seinen Platz, eine besondere Berechtigung aber erhält er in der Republik als Bestandteil der Grundrechte. Außerordentlich treffend sind die Worte, mit denen der Abg. Naumann[8]) die Grundrechte im Plenum der Nationalversammlung begleitete: Ein Symbol mußten diese Sätze werden, sie hatten an die Stelle zu treten, die durch den Fortfall der alten Herrschaft leer geworden war. Sie waren, um mit Smend[9]) zu sprechen, der diese Gedanken weiter ausbaute, Integrationsmoment des Staates. Wie Staatsform und Reichsfarben, so hat der Grundrechtskatalog die Bedeutung, Symbol zu sein für die Rechtsstaatsgemeinschaft, die unter der Reichsverfassung lebt. Von diesem Gesichtspunkt aus sind die Grundrechte verfassungsrechtlich von besonderer Bedeutung. Sie erfüllen 1919 eine Aufgabe, die 1871 das Präsidium des Bundes etwa erfüllte, sie sym-

---

[5]) Gleichheit, S. 18.

[6]) Diese Auffassung vertritt Wegner, Leibholzbesprechung S. 154.

[7]) Nawiasky in den Veröffl. der Ver. d. deut. Staatsrechtslehrer (im folg. kurz Veröfftl. zitiert), Heft 3, S. 26.

[8]) Prot. d. Natvers. 71. Sitz. S. 2190.

[9]) Verf. und Verfassgsrecht S. 167, pol. Gew. i. Verf. Staat S. 22.

bolisieren den Staatsgehalt und sie legitimieren die staatliche Ordnung[10]).

Demgegenüber ist es weitgehend unzutreffend, davon zu sprechen, daß Grundrechte nur einen Zeitabschnitt der Ungeduld, Schwäche und Unklarheit anzeigten[11]), oder daß der Gleichheitssatz nur ein unklares Schlagwort des politischen Liberalismus sei[12]). Diese Vorwürfe entbehren insofern nicht aller Berechtigung, als in einer Zeit, in der alle Symbole sanken, neue in Eile gesucht werden mußten, und als man dabei daran ging, das in der Verfassung zu formulieren, was man bisher als Kampfruf des politischen Kampfes benutzt hatte. Gerechter wird Thoma[13]) der Bedeutung der Grundrechte, wenn er sie als Hemmungen bezeichnet, die ein demokratischer Staat im Dienste der Rechtsstaatsidee sich selber freiwillig auferlegt habe. Unter allen Grundrechtssätzen aber steht der Gleichheitssatz an erster Stelle: Seine Bedeutung ist größer als die jedes anderen Satzes, seine Bedeutung im Rechtsleben vor allem beruht darin, daß die Gleichheit das Wesen aller Gerechtigkeit bildet[14]).

Eine geschichtliche Darstellung der Rechtsgleichheit würde einer eigenen Bearbeitung bedürfen[15]); aber ein kurzer Überblick über die wichtigsten Ereignisse erscheint doch nötig, insbesondere deshalb, damit später die geschichtliche Auslegung des Art. 109/I darauf Bezug nehmen kann.

Der Gleichheitsbegriff hat seine Wurzeln in dem Humanitätsideal der Stoa, die sich ihrerseits auf Aristoteles stützt. Der Hellenismus, Cicero und das Frühchristentum sind weiter die antiken Träger des Begriffs. Der altrömische Satz „Legibus omnes quirites tenentur" wurde später besonders oft angeführt[16]). Das Mittelalter kennt seiner geistigen Haltung entsprechend einen Gleichheitsbegriff nicht, noch Macchiavell ist der Auffassung, der Rechtsetzende unterliege keinerlei Bindung. Erst bei Hobbes (1588—1679) im Beginn des Empirismus, entsteht im „Leviathan" wieder der Gleichheitsbegriff als Ideal. Die größte theoretische Entwicklung erfährt der Begriff durch Wolff und Rousseau im 18. Jahrhundert, um dann mit der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung und der französischen Revolution auch seine Rolle in der staatsrechtlichen Praxis zu spielen[17]).

---

[10]) Smend a. a. O.
[11]) Finger, Staatsrecht S. 94.
[12]) Kelsen, Österr. Staatsrecht S. 50.
[13]) Jur. Bedeut. der Grundrechte S. 12.
[14]) Rümelin Gerechtigkeit S. 17.
[15]) Giese preuß. Verwaltgsbl. 47 S. 117.
[16]) Vergl. die Verhandl. der preuß. I. Kammer 1849 (35. Sitzung, S. 234).
[17]) Interessant ist die gleichzeitige Entw. des Gleichheitsbegriffs in d. wirtschftl. Theorie v. Th. Morus u. Campanella bis zu St. Simon und dem theor. Kommunismus.

Die Entwicklung Englands, die in dieser Hinsicht der des Kontinents vorauseilt, bringt den Gedanken der Gleichheit schon früher zur Durchführung. Er bildet den unausgesprochenen, aber immanenten Gehalt der Magna Charta (1215), die überhaupt den ältesten Vorläufer der Grundrechte darstellen mag. In der Neuzeit folgen die Freibriefe, die Karl I. (Petition of Rights, 1628) und Karl II. (Habeas Corpus Acte, 1679) abgetrotzt wurden und die ihre ergänzende Krönung in der „Bill and declaration of rights and liberties of subjects" von 1689 finden.

Die nächste Stufe der Entwicklung bilden die amerikanischen Unabhängigkeitserklärungen, die, wie erwähnt, unter dem Einfluß der beginnenden Aufklärungszeit stehen. Die Verfassungen der meisten Staaten enthalten in irgend einer Form den Gleichheitssatz, als älteste die Virginia Bill of rights von 1776 in noch nicht ganz klarer Ausdrucksweise[18]), bestimmter dann 1780 die Constitution of Massachusetts im Art. 1 der declaration of rights[19]).

Durch Lafayette nach Europa gebracht, taucht mit den anderen Grundrechtsgedanken auch der der Gleichheit nunmehr in den verschiedenen französischen Verfassungen auf[20]). Die erste Formulierung ist die der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. 8. 1789. In der II. constitution vom 24. 6. 1893 taucht zum erstenmal die Wendung „devant la loi" auf, die sich nunmehr schlagwortartig stets wiederholt und auch ins Deutsche übersetzt, 1849 und 1919 beibehalten wird. Die III. constitution vom 22. 8. 1795 und die beiden Verfassungen von 1814 sowie die Verfassung von 1830 wiederholen stets den Satz, dessen Bedeutung damals vor allem in der Proklamierung der politischen Gleichberechtigung und der Abschaffung aller Standesunterschiede lag.

Das französische Vorbild wird für ganz Europa maßgebend. Die belgische Verfassung von 1831 sagt im Art. 6: „Les Belges sont égaux devant la loi." Dasselbe wiederholt als erste deutsche nachrevolutionäre Verfassung die bayrische Verfassung vom 26. 5. 1818, die in ihrer Einleitung bemerkenswerterweise von einer Gleichheit d e r Gesetze spricht. Unabhängiger von der Revolution hatte schon das preußische A. L. R. vom 1. 6. 1794 im § 22 der Einleitung bestimmt: „Die Gesetze des Staates verbinden alle Mitglieder desselben ohne Unterschied des Standes, Ranges und Geschlechts." Die Frankfurter Nationalversammlung beschloß am 27. 12. 1848 die Grundrechte des deutschen

---

[18]) all men are by nature equally free.

[19]) all men are born free and equal. Vergl. dazu Leibholz, Gleichheit, S. 14.

[20]) Vergleiche dazu Aldag, Gleichheit, S. 13 und G. Jellinek Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte S. 29.

Volkes, in denen es heißt: „Die Deutschen sind vor dem Gesetze gleich." Diese Bestimmung wurde ebenso wie der ganze Grundrechtskatalog in den IV. Abschnitt, Art. II als § 137/III der Frankfurter Verfassung vom 28. 3. 1849 übernommen[21]).

Die preußische Verfassung von 1850 übernimmt im Art. 4 wörtlich den Art. 6 der belgischen Verfassung; die Schweiz übernimmt den Gleichheitssatz in der Bundesverfassung von 1848 aus den Kantonsverfassungen und wiederholt ihn später in der Bundesverfassung von 1874[22]). Die Vereinigten Staaten beschließen 1868 den XIV. Zusatzartikel zur Bundesverfassung, der ursprünglich darauf abgestellt war, das Ergebnis des Sezessionskrieges zusammenzufassen und den Schwarzen die Gleichstellung mit den Weißen zu gewähren, später aber mit seiner Zusicherung der equal protection of the laws[23]) erheblich weiter ausgedehnt wird. Das österreichische Staatsgrundgesetz vom 21. 12. 1867 spricht den Gleichheitssatz im Art. 2 aus, die österreichische Bundesverfassung vom 1. 10. 1920 wiederholt ihn im Art. 7, während sie im Art. 149 noch einmal ausdrücklich auf das Staatsgrundgesetz von 1867 Bezug nimmt und so den Gleichheitssatz gewissermaßen doppelt proklamiert.

In der Verfassung des norddeutschen Bundes von 1867 und der Verfassung des Deutschen Reiches von 1871 fehlen alle Grundrechte. Es ist bei der Berücksichtigung der damaligen Verhältnisse sehr wohl möglich, daß Bismarck die Aufnahme eines Grundrechtskataloges in sein Verfassungswerk ablehnte, weil er die jederzeit unitarische Tendenz der Grundrechte kannte und fürchtete[24]). Wie dem auch sei, es läßt sich jedenfalls mit Sicherheit feststellen, daß der Gleichheitssatz so weit in das allgemeine Rechtsempfinden übergegangen war — zumal fast sämtliche Landesverfassungen ihn enthielten —, daß er auch ohne reichsverfassungsrechtliche Verankerung galt. Zudem ist in dem Institut der allgemeinen Wehrpflicht beispielsweise, ebenso in dem der Steuerpflicht der Gedanke der Gleichheit praktisch verwirklicht, die Vorrechte des Adels waren schon 1848 zum größten Teil gefallen, es gab nunmehr nur noch Privilegien für die Mitglieder der Fürstenhäuser, die standesherrlichen Familien und — in äußerst beschränktem Umfange — teilweise für den Adel[25]). Abseits vom geschriebenen Recht entwickelte sich

---

[21]) Proklamiert am 28. 4. 1849.

[22]) Fleiner, Schweizer Bundesstaatsrecht S. 281. „Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich."

[23]) XIV. Amendement, Satz 1.

[24]) Kaufmann, Veröffl., Heft 3, S. 8.

[25]) Meyer-Anschütz, Staatsrecht, S. 983.

der Gedanke der Rechtsgleichheit im Verwaltungsrecht vor allem unter dem Schutze des preußischen O. V. G.[26]).

In die Verfassung von Weimar gedachte Preuß ursprünglich überhaupt keine Grundrechte aufzunehmen. Erst auf den Wunsch der Regierung entschloß er sich, 12 Fundamentalsätze aufzustellen[27]). Der Gleichheitssatz war von Anfang an darunter, im ersten und zweiten Entwurf als § 18, im dritten Entwurf als Art. 28 in der Fassung: „Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleichberechtigt." Im Verfassungsausschuß entstand dann eine Meinungsverschiedenheit zwischen den Rechtsparteien und dem Zentrum einerseits, die wesentliche Sätze, auf die sie Wert legten, besonders als Grundrechte geschützt sehen wollten, und dem Abg. Naumann andererseits, der an Stelle der Grundrechte eine Art Glaubensbekenntnis zu den Ideen des neuen Staates setzen wollte. Die von Naumann aufgestellten Leitsätze waren zum größten Teil juristisch bedeutungslos und wurden vom Verfassungsausschuß daher meist verworfen; trotzdem aber hat Naumann die Rolle der Grundrechte als Einheitssymbole des Staates erkannt. Sie enthielten für seine Ansicht eben mehr als Spezialrechtssätze, und diese Erkenntnis rechtfertigt seinen Entwurf, dem der Vorwurf des „halbliturgischen Alterswerks"[28]) nicht erspart bleiben kann. Der Abg. Beyerle fand dann einen geeigneten Mittelweg, der zur Aufstellung des Grundrechtskatalogs im IV. Entwurf führte. In ihm ist der Gleichheitssatz als Art. 108/I enthalten. Zu seiner Begründung wurde überhaupt nichts gesagt. Beyerle erwähnte kurz, der Satz sei „ein alter Satz, den alle früheren Grundrechte enthalten haben"[29]). Der Satz wurde ohne Erörterung angenommen. Der Verein „Recht und Wirtschaft" hatte im § 51 seines Verfassungsentwurfes vorgeschlagen, die Grundrechte zur „Richtschnur für die Verfassung, die Gesetzgebung und Verwaltung" zu machen. Der Verfassungsausschuß nahm den Vorschlag in Gestalt des ähnlich lautenden Art. 107 auf. Im Plenum wurde Art. 107 des IV. Entwurfs nach längerer heftiger Debatte schließlich abgelehnt[30]). Preuß hatte zu dem Artikel ausgeführt, er sei unwesentlich und schaffe schon deshalb kein geltendes Recht, weil viele Grundrechte, die reine Leitsätze mit gar keinem oder nur geringem juristischen Inhalt seien, auf ihn keine Anwendung finden könnten[31]).

---

[26]) Fleiner, Institutionen, S. 118.

[27]) Düringer, Protokolle der Nationalvers., 54. Sitzung, S. 1495.

[28]) Smend, Verfassung u. Verfassungsrecht, S. 166, Anm. 1.

[29]) Protokolle des Verfassungsausschusses, S. 370.

[30]) Protokolle der Nationalvers., 54. Sitzg., S. 1559.

[31]) a. a. O. S. 1502.

Artikel 108/I des IV. Entwurfs, der spätere Art. 109/I wurde ohne Aussprache und ohne besondere Abstimmung durch einfache Zustimmung des Hauses angenommen[32]). Der Satz erschien schlicht und unproblematisch, er hatte sich „in seiner Geburtsstunde nicht träumen lassen“[33]), daß er einmal Gegenstand einer so lebhaften Auseinandersetzung werden sollte.

Einige Jahre lang fand man in der Auslegung des Art. 109/I keine Schwierigkeit; wenn er erwähnt wurde, so geschah das kurz und stets im Sinne der Auslegung, die seinerzeit der Art. 4 der Verfassungsurkunde für den preußischen Staat erfahren hatte. Als Erster wies Hatschek in seinem „Deutschen und preußischen Staatsrecht“ 1922 darauf hin, daß der Art. 109/I eine inhaltliche Gleichheit der Gesetze fordere[34]). Er stützte seine Behauptung auf die vergleichsweise Heranziehung der amerikanischen und Schweizer Praxis, eine eingehende Begründung gab er nicht. Nawiasky legte im „bayrischen Verfassungsrecht“ den Art. im Sinne eines Verbots individueller Vorrechte aus[35]); diese Auslegung deckt sich aber inhaltlich nicht mit der Hatscheks: sie schließt an eine Auffassung an, die auch Art. 4 der preußischen Verfassung schon so auslegen wollte. Eine ähnliche Auffassung vertritt Bredt[36]) 1924.

Die erste ausführlichere Darstellung der neuen Auffassung, d. h. der Auslegung des Art. 109/I im Sinne der Gesetzesgleichheit gab Triepel in einem Rechtsgutachten anläßlich der Aufwertungsgesetzgebung 1924[37]). Seine Auffassung deckt sich inhaltlich mit der Hatscheks. Beide gehen von der gemeinsamen Quelle der Rechtsvergleichung mit den amerikanischen und Schweizer Verhältnissen aus. Leibholz[38]) führt Triepels Gedanken dann weiter aus, während etwa gleichzeitig Aldag[39]) in einer Doktorschrift den sehr ähnlichen Standpunkt Walter Jellineks[40]) ausführlicher darlegt. In der Folgezeit bekannte sich v. Hippel[41]) zu dem Standpunkt Nawiaskys.

Einen entscheidenden Schritt vorwärts tat die Entwicklung, als auf der Tagesordnung der Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer in Münster 1926 die Frage der Gleichheit vor dem Gesetz an erster Stelle stand. Kaufmann[42])

[32]) a. a. O. S. 1568.
[33]) Nawiasky, Veröffl. 3, S. 28.
[34]) a. a. O. S. 196.
[35]) a. a. O. S. 261.
[36]) Der Geist d. deutschen Reichsverf., S. 240.
[37]) Goldbilanz-VO. und Vorzugsaktien, S. 23 ff.
[38]) Gleichheit v. d. Gesetz 1925.
[39]) Gleichheit v. d. Gesetz in der R.V. 1925.
[40]) Verwaltungsrecht, S. 155 f.
[41]) Arch. f. öffl. R., NF. 10, S. 124.
[42]) Veröffl. Heft 3, S. 2.

entwickelte seinen Standpunkt, der dem Triepels sehr ähnlich ist, und besonders dadurch interessant ist, daß er eine rein überpositivrechtliche Begründung aufweist, ja, in den letzten Fragen nach dem Ausdruck Kaufmanns einfach ein „Bekenntnis" ist. Demgegenüber grenzte auf streng positivistischer Grundlage noch einmal Nawiasky[43]) seine einschränkende Auslegung ab. In der Aussprache zeigte sich erstens ein starkes Übergewicht der Triepelschen Auffassung zum ersten Male, zweitens ein leidenschaftliches Eintreten für eine überpositivische Betrachtungsweise[44]) und drittens die enge Verknüpfung der Frage mit dem sogenannten richterlichen Prüfungsrecht. Es ist interessant zu sehen, daß die offene Spaltung hinsichtlich des Überpositivismus, die in Münster zutage trat, auch auf der nächsten Staatsrechtslehrertagung und ganz besonders auf der übernächsten (5.) in Wien wieder bemerkbar wurde.

In der folgenden Zeit wurde die Frage des Art. 109/I wissenschaftlich oft behandelt, während die Praxis der höchsten Gerichte sich langsam der neuen Auffassung zuneigte[45]). Auf dem Boden der ursprünglichen Auslegung halten nur noch Anschütz und Giese, wobei zu beachten ist, daß auch Anschütz neuerdings wenigstens die Möglichkeit in Erwägung zieht, daß Art. 109/I ein Programmsatz für kommende Gesetzgebung sei[46]). Die Entwicklung, insbesondere die der Praxis, scheint sich neuerdings der neuen Lehre zuzuneigen. Das Reichsgericht hat zwar noch nie Gelegenheit genommen, ein Gesetz nicht anzuwenden, weil es dem Art. 109/I widerspreche, aber es hat in nicht mißzuverstehender Weise zum Ausdruck gebracht, daß es der Ansicht sei, daß auch die Gesetze gleich für alle Deutschen seien müßten, daß es sich ferner für befugt halte, nachzuprüfen, ob das im konkreten Fall so sei, und daß es beabsichtige, einem Gesetz die Anwendung zu versagen, das sich bei dieser Prüfung als verfassungswidrig darstellen sollte. Um den Folgerungen solcher Auffassung zuvorzukommen, hat 1926 das Reichsinnenministerium einen Gesetzentwurf veröffentlicht, der ein für allemal dem Staatsgerichtshof für das deutsche Reich die Prüfung solcher Gesetze übertrug, die gegebenenfalls verfassungswidrig sein könnten. Den Wünschen des Heidelberger (33.) und des Kölner (34.) Juristentages folgend wurde der Entwurf etwas umgewandelt. Er lag zuletzt in der IV. Wahlperiode 1928 dem Reichstag vor[47]), ist aber noch nicht erledigt. Vielleicht das Bemerkenswerteste an dem Entwurf ist, daß er die Möglichkeit

[43]) Veröffl. Heft 3, S. 25.
[44]) Vergl. besonders Holstein, Veröffl. Heft 3, S. 55.
[45]) Entscheidend R.G. vom 4. 11. 25 (111/320).
[46]) Kommentar, S. 465 (10. Aufl.).
[47]) Reichstagsdrucksache Nr. 382.

vorsieht, von seiten der Regierung oder des Reichspräsidenten vom Staatsgerichtshof vor Einbringung oder Verkündung eines Gesetzes ein Rechtsgutachten zu erbitten, ob das Gesetz verfassungswidrig sei[48]).

Die Berechtigung der neuen Lehre und die der daraus gezogenen Folgerungen ist nunmehr zu prüfen.

§ 3.

Positivrechtliche Auslegung.

Die exegetische Auslegung beginnt mit der Untersuchung des Wortlauts. Die Ausdrucksweise „Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich" ist für eine wörtliche Interpretation aber äußerst unergiebig. Anschütz[49]) stützt seine Auffassung trotzdem mit am meisten auf die Wendung „v o r dem Gesetz", indem er dazu ausführt, der Wortlaut setze bereits ein Gesetz voraus, das nunmehr rückhaltlos angewandt werden müsse. Die Ausdrucksweise: Gleichheit v o r dem Gesetz schließe die Gleichheit d e s Gesetzes ausdrücklich aus. Nur über die Art der Anwendung, nicht aber über den Inhalt des Gesetzes sage der Satz etwas. Gleichheit werde gefordert vor dem, was gesetztes Recht ist[50]). Eine solche Gleichheit ähnelt der Gleichheit vor Gott. Wie die Gleichheit vor Gott nicht Anspruch auf gleiche Behandlung bedeutet, sondern zunächst gleiche Unterworfenheit aller, gleichen Abstand aller von Gott[51]), so ist das Gesetz zu denken als Macht, die hoch über den Menschen steht und ihre Verschiedenheit in ein Nichts verschwinden läßt[52]). So wendet sich der Gleichheitssatz der Verfassung nicht an den Gesetzgeber, der diese hohe Gewalt des Gesetzes errichtet, sondern an den Richter und den Verwaltungsbeamten, die sie anwenden sollen. Außerdem wird darauf hingewiesen[53]), daß die Wendung „vor dem Gesetz" schon deshalb nur Rechtsanwendungsgleichheit bedeuten könne, weil die Verfassung jedesmal, wenn sie Gleichheit d e s Gesetzes verlange, dies ausdrücklich vorschreibe. Als Beispiele werden die Artikel 17, 22, 105/I, 109/III — V, 110/II, 128/II und 136/II RV. genannt[54]).

---

[48]) § 7 des Entwurfs.

[49]) Komm., 10. Aufl., S. 29 (im Folg. wird d. 10. Aufl. „K o m m." zitiert).

[50]) Breiholdt, preuß. Verw., Bl. 47/110.

[51]) Troeltsch, Soziallehren, S. 63 ff.

[52]) Anschütz, preuß Verf., S. 108.

[53]) Thoma, Grundrechte u. Pol. Gewalt, S. 219, Veröffl. H. 3, S. 59.

[54]) Thoma a. a. O.

Diesen Gründen gegenüber sind aber die folgenden Erwägungen anzustellen: Die Prüfung des Satzes nach dem Wortlaut führt schon deshalb zu keinem rechten Ergebnis, weil der Satz nicht wörtlich, sondern bildlich verstanden werden will[55]); er ist daher auch nicht wörtlich, sondern nur logisch auszulegen. Wie sehr oft, so ist auch hier der Indikativ „sind" gebraucht an Stelle eines Imperativs „sollen sein". Das ist üblich, und daher ist der Satz im Sinne eines Verbots von Unterscheidungen zu verstehen. Andererseits kann man den Gleichheitssatz auch auffassen als Praemisse, zu der der Nachsatz fehlt, die Folgerung, die etwa lauten würde: „Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich, also haben sie es auch vor dem Gesetzanwender zu sein"[56]). Noch wesentlicher als die Argumente Nawiaskys ist aber die Erwägung, daß die Wendung „vor dem Gesetz" wörtlich der französisch-belgischen „devant la loi" entspricht. Es ist keineswegs gesagt, daß durch diese Wendung die an anderen Stellen ausdrücklich geforderte Gleichheit d e s Gesetzes ausgeschlossen werden sollte. Vielmehr wurde die wörtlich aus dem Französischen übersetzte Wendung des Art. 4 preußischer Verfassung bedenkenlos übernommen. Die Eile, in der die Verfassung 1919 angefertigt wurde, ganz besonders aber das Traditionell-Formelhafte, in das der Gleichheitssatz nun seit der französischen Revolution gekleidet wird, lassen es durchaus möglich erscheinen, daß das gleiche Gebot, die Gleichheit d e s Gesetzes, in zweifacher Weise in der RV. ausgesprochen wurde: ausdrücklich in den von Thoma aufgeführten Artikeln und bildlich in der überlieferten Prägung des Art. 109/I.

Die Gleichheit vor Gott ist gewiß eine Parallele zur Gleichheit vor dem Gesetz, mit Recht macht aber Aldag[57]) darauf aufmerksam, daß Anschütz sich zu Unrecht darauf beruft. Der Begriff der Gleichheit vor Gott hat in der kalvinistischen Lehre seine Prägung erfahren. Dort wird Gleichheit aber durchaus im Sinne einer gleichen Behandlung aller Menschen durch Gott verstanden. Wenn von einer Gleichheit vor Gott die Rede ist, so wird an eine Gerechtigkeit gedacht, die auch nach dem Tode das ausgleicht, was der Einzelne auf Erden an Ungleichheit erdulden mußte. Diese Auffassung des Gleichheitsbegriffs in der Religionslehre erscheint richtiger.

Legt man nun aber einmal Wert auf das „vor" — so führt Leibholz[58]) aus —, dann bedeutet es auch nur eine Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung, die die Gleichheit für jedes

---

[55]) Zum Folgenden: Nawiasky, Veröffl. 3, S. 28.

[56]) Nawiasky a. a. O.

[57]) Gleichheit S 16.

[58]) Gleichheit S. 35.

Gesetz als immanente Voraussetzung denkt. Eine Gesetzgebung, die gegen diese Voraussetzung verstößt, wäre also auch eine unrichtige Anwendung der Verfassungsnorm. Diese Auffassung beruht auf der später zu erörternden, sehr umstrittenen Anschauung, daß die Verfassung im Vergleich zum Gesetz eine Norm höherer Ordnung sei.

Mainzer[59]) führt ferner an, Gesetz im Sinne des Art. 109/I — das sei ganz selbstverständlich — sei nur das „gesetzte", nicht das „erst zu setzende" Gesetz. Daraus will er dann folgern, die Verfassung könne nicht vorschreiben, daß die Entwürfe, bevor sie durch Beschluß und Verkündung Gesetz geworden seien, inhaltlich gleich einzurichten seien.

Diese Beweisführung erscheint aber nicht schlüssig. Wenn Art. 109/I den Sinn hat, daß die Gesetze alle Deutschen gleich behandeln müssen, so heißt das mit anderen Worten, kein Entwurf darf durch Beschluß und Verkündung Gesetz werden, der gegen diese Regel verstößt. Wird ein widersprechender Entwurf beschlossen, so ist er eben verfassungswidrig und kein Gesetz. Die Verfassung will nur die Normen als Gesetze anerkennen, die alle Deutschen gleich behandeln. Es liegt keinem Vertreter der neuen Lehre daran, zu leugnen, daß unter „Gesetz" im Art. 109/I nur das „Gesetzte Recht" zu verstehen sei.

Die Auslegung des Wortsinns ist wenig ergiebig; die erstarrte Prägung des Wortlauts scheint m. E. überhaupt nicht dazu zu berechtigen, mit den Ergebnissen solcher Prüfung zu begründen. Gerade die Tatsache, daß sich über die Fassung des Art. 109/I keine Debatte in Weimar abspielte, sondern daß man die Formel unbesehen hinnahm, sollte die stutzig machen, die aus dem Wortlaut Schlüsse ziehen wollen. So viel ist jedenfalls mit Sicherheit zu sagen: es ist kein Gegenbeweis, wenn die Verfassung an anderen Stellen die Gleichheit d e s Gesetzes klar vorschreibt, denn der Art. 109/I ist eine traditionelle Formel. Dafür spricht auch, daß der ursprüngliche Wortlaut des Entwurfs III im Verfassungsausschuß von „gleichberechtigt" in „gleich" geändert wurde, um die alte Form wiederzuerhalten. Die Auslegung nur oder zum größten Teil nur auf den Wortlaut stützen zu wollen und auf Grund des Wörtchens „vor" das Gesetz gleichsam auf einen Thron zu erheben, erscheint unberechtigt. Das „vor" ist mehr als eine „lokale Präposition"[60]).

Ergiebiger ist es schon, den Zusammenhang zu prüfen, in dem der Art. 109/I im geltenden Recht steht. Die alte Lehre verteidigt ihre Auffassung dabei gegen den Vorwurf, nur auf die Rechtsanwendung bezogen, besage der Satz von der Gleichheit

---

[59]) Gleichheit usw. S. 22.
[60]) Vergl. Schmitt, J. W., 1926, S. 2271.

eine triviale Selbstverständlichkeit[61]). Auch in der eng auf Rechtsanwendung beschränkten Auslegung, so wird ausgeführt[62]), behalte der Gedanke ein großes Maß von Bedeutung; denn es verstehe sich keineswegs von selbst, daß für Verwaltung und Rechtsprechung eine so feste Schranke gesetzt sei. Auch für die Rechtsanwendungsgleichheit wird der Satz wertvoll durch die Folgerungen, die sich beim Schweigen der Gesetze aus ihm ziehen lassen. So gründet z. B. Otto Mayer die öffentlich-rechtliche Entschädigung[63]) und ebenso die Befugnis der Anstalten, Gebühren zu erheben[64]), auf den Gleichheitssatz. Weitere Gedanken bringt Fleiner, der drei Folgerungen aus dem Satz der Rechtsgleichheit in der Verwaltung zieht[65]): erstens nämlich darf die Verwaltungsbehörde eine Materie nicht durch Einzelbefehle von Fall zu Fall regeln, wenn ihr nur die Befugnis übertragen worden ist, diese Materie durch Verordnung zu regeln. Zweitens[66]) darf keine Behörde ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung eine Ausnahme zugunsten eines Einzelnen von dem Gesetz machen. Das Gesetz will vielmehr vollzogen sein und bindet Bürger und Behörde gleichmäßig. Drittens[67]) schließlich darf das freie Ermessen der Behörde nur im Rahmen der Rechtsgleichheit getätigt werden. Es ist zuzugeben, daß diese Folgerungen den Gleichheitssatz auf jeden Fall nicht bedeutungslos erscheinen lassen können. Er hätte auch nur auf Verwaltung und Rechtsprechung bezogen seinen guten Sinn; er wäre dann, um mit Mainzer[68]) zu sprechen: „Das Versprechen in die Hand des Staatsbürgers und ein Denkzeichen für alle Staatsdiener, die anvertraute öffentliche Gewalt für keinen anderen als den durch die Verfassung und die Gesetze ausgewiesenen Willen einzusetzen.“ Darin sieht Mainzer die einzige Bedeutung des Gleichheitssatzes; ihm muß aber widersprochen werden, wenn er zur Hebung dieser Bedeutung anführt, man habe in Weimar gedacht, mit diesem oft in den Verfassungen proklamierten, aber nie durchgedrungenen Satz endlich Ernst zu machen. Es wird sich im Ernst nicht vertreten lassen, daß die Gleichheit vor Richtern und Verwaltungsbeamten im alten Preußen so auf dem Papier gestanden habe, daß sie eine endliche Verwirklichung nötig gehabt hätte.

Zu den angeführten Gründen der alten Lehre hat insbesondere

---

[61]) So z. B. Kaufmann, Veröffl. 3, S. 6.
[62]) So Anschütz, Komm. S. 462, u. Thoma, Veröffl. 3, S. 59.
[63]) Verw. R. B. II, S. 295.
[64]) a. a. O. S. 289.
[65]) Fleiner, Institutionen, S. 135.
[66]) a. a. O. S. 136.
[67]) Fleiner, Instit., S. 140.
[68]) Gleichheit usw. S. 82.

Anschütz[69]) — gewissermaßen hilfsweise — noch eingewendet, es sei im übrigen belanglos, ob Art. 109/I für irgend etwas überhaupt eine Bedeutung habe, denn es ständen genug „Trivialitäten" in der Verfassung, die s. Zt. als liberales Erbgut übernommen wurden und einen schönen Klang haben. Gegen diese einfache Erklärung wendet sich Thoma[70]), der aus dem ganzen Grundrechtskatalog die Regel aufstellt, daß im Zweifel von mehreren Auslegungen stets derjenigen der Vorzug zu geben sei, die dem Grundrechtssatz die stärkste juristische Wirkungskraft verleihe. Einen Satz zum bloßen „Monolog des Gesetzgebers" umzudeuten, ist im Zweifel nicht statthaft[71]). Diese Ausführungen schränkt Thoma später[72]) dahin ein, daß eine solche Auslegungsregel nie auf Streitigkeiten über den Inhalt einer bestimmten Grundrechtsnorm anzuwenden sei. Immerhin ist er offenbar der Ansicht, daß im Zweifel stets nach einer juristischen Bedeutung jedes Artikels gesucht werden müsse.

Die Form, der Wortlaut des Gleichheitssatzes ist sicher liberales Erbgut. Als alter Kampfruf des Bürgertums für seine politische Freiheit ist der Satz entstanden, und wie ein altes Feldzeichen wird er von einer neuen Generation weitergeführt. Das trifft sicherlich zu, aber über den Inhalt des Satzes besagt es nichts. Der Inhalt wird von Generation zu Generation wechselnd in diesen Satz hineingelegt. Wenn die Erkenntnis entsteht, daß der Satz, der früheren Generationen eine inhaltsschwere Forderung war, uns eine „Formel" ist, weil in der Entwicklung der Zeit uns eine Selbstverständlichkeit zu sein scheint, worum jene kämpften, so ergibt sich aus dieser Erkenntnis die Forderung, unsererseits alles zu tun, um uns den Satz mit lebendigem Sinn zu füllen. Diese Erkenntnis ist keine Beruhigung und kein Verteidigungsgrund der alten Lehre, sondern ein Grund für die neue Lehre. Hier gilt es, das von den Vätern Ererbte zu erwerben, um es zu besitzen. Auf diesen Gedanken wird gelegentlich der historischen Auslegung noch einmal zurückzukommen sein.

Von den meisten Vertretern der neuen Lehre wird auf den engen Zusammenhang des Gleichheitssatzes mit den übrigen Absätzen des Art. 109 hingewiesen. Der Gleichheitssatz steht einmal beherrschend an der Spitze des ganzen Grundrechtsteils der Verfassung, er gibt gewissermaßen den Grundton, den Richtungspunkt an, zu dem alle folgenden Artikel nur ausführende Erklärungen und spezielle Einschränkungen sind[73]).

---

[69]) Veröffl. 3, S. 48.
[70]) Die jur. Bedeutung d. Grundrechte, S. 9.
[71]) Die jur. Bedeutung der Grundrechte, S. 11.
[72]) a. a. O. S. 13.
[73]) So Stier-Somlo, „Art. 109", S. 158.

Insbesondere die Abs. II—VI erscheinen als spezielle Folgerungen aus Abs. I des Art. 109. Abs. II ist dabei eine fast unnötige Wiederholung[74]) eines Teils der im Art. 109/I liegenden Gedanken. Er betont gewissermaßen, daß unter den Begriff „alle Deutschen" auch die Frauen fallen. Diese Wiederholung ist deshalb nicht ganz unnötig, weil die Gleichstellung der Frauen auf politischem Gebiet 1918 eine Neuerung war, die eine besondere Erwähnung wohl verdiente. Nicht glücklich erscheint die Begründung, die Leibholz gibt, wenn er sagt, Abs. II sei eine glatte Wiederholung des Abs. I, das schade jedoch nicht, denn die Verfassung kenne viele inhaltlose Sätze. Sicher ist nicht zu bestreiten, daß viele Sätze der Verfassung inhaltsleer sind, aber man darf eine Prüfung nicht zu schnell mit diesem Ergebnis abbrechen, ganz besonders dann nicht, wenn man sich eben dagegen verwahrt hat, den Abs. I als inhaltsleer und trivial bezeichnet zu sehen. Abs. III erscheint dem Abs. I gegenüber als einschränkende Sonderbestimmung. Während alle Deutschen vom Inkrafttreten der Verfassung an ohne weiteres gleich sein sollen, sollen die öffentlich-rechtlichen Standesvorteile doch erst durch eine kommende Gesetzgebung beseitigt werden. Dieser Satz entspringt der Erkenntnis, daß die alten Rechtsverhältnisse, insbesondere der fürstlichen und standesherrlichen Häuser, nur dann mit einem Federstrich aus der Welt geschafft werden können, wenn man den Angehörigen dieser Häuser eine ausgesprochen ungleiche Behandlung zuteil werden lassen will. Gerechter und zweckentsprechender erschien es in dieser Hinsicht, nicht mit einem Schlage altüberkommene Verhältnisse zu beseitigen, sondern dazu eine Gesetzgebung vorzusehen, die in der Lage sein würde, auch einen Ausgleich der eventuell geschädigten Interessen der Beteiligten vorzunehmen. So entstand Art. 109/III als Ausnahmebestimmung dem sofort wirksamen Abs. I gegenüber[75]).

Auch über den Rahmen des Art. 109 hinaus ist der Inhalt der Verfassung zur Auslegung des Gleichheitssatzes mitheranzuziehen. Kaufmann[76]) verweist dabei insbesondere auf den Art. 105, durch den Ausnahmegerichte verboten werden. Hier wird dem Gesetzgeber, wie auch z. B. im Art. 153/I[77]), zweifellos eine Schranke auferlegt. Gilt aber das Verbot des Ausnahmegerichts aus Art. 105, so sei es — fährt Kaufmann fort — eine logische Notwendigkeit, daß aus Art. 109/I auch das Verbot

---

[74]) Leibholz, Arch. f. öffl. R., NF. 12, S. 11.

[75]) Vergl. W. Jellinek, Veröffl. 3, S. 60; Aldag, Gleichheit S. 7; Leibholz, Arch. f. öffl. R., NF. 12, S. 12.

[76]) Veröffl. 3, S. 6.

[77]) Hier hat Anschütz seine Ansicht im Sinne der neuen Lehre geändert (vergl. Komm., 2. Aufl., S. 246, und 10. Aufl., S. 608).

des Ausnahme g e s e t z e s gefolgert werden müsse. Vieles, was z. B. Anschütz über das Verbot des Ausnahmegerichts sage, könne wörtlich auf das Verbot des Ausnahmegesetzes bezogen werden. Über die zwingende Logik dieses Grundes läßt sich noch streiten, unbedingt überzeugend erscheint er nicht. Es läßt sich aber kaum rechtfertigen, daß Anschütz[78]) in dieser Hinsicht keine Gründe für seine Sonderauffassung des Art. 109/I vorbringt, sondern sich darauf beschränkt zu sagen: an anderer Stelle der Verfassung sei der Gesetzgeber gebunden, hier aber gerade nicht. Diese Stellung ist so stark Verteidigung, daß sie schon deswegen nicht allzu überzeugend wirkt. Gegen sie wendet sich auch Thoma[79]), der im Zweifel stets Auslegung für einen juristisch bedeutsamen Inhalt verlangt.

Den größten Wert auf die Auslegung des Art. 109/I aus dem Zusammenhang legt Nawiasky[80]). Er, der jede andere Art der Auslegung ablehnt, stützt seinen ganzen Beweis auf eine gründliche Untersuchung des Verfassungstextes. Dabei unterscheidet er politische Rechte[81]), wirtschaftlich-soziale Rechte[82]), Familienrechte[83]), Rechte der nationalen Gleichheit[84]), Religiöse Gleichheit[85]), Gleichheit auf dem Gebiete des Schulwesens[86]), Gleichheit auf dem Gebiete der Justiz[87]) und einige allgemeine Bestimmungen[88]).

In allen diesen Artikeln wird in der mannigfachsten Hinsicht immer wieder Gleichheit garantiert. Nawiasky sieht zufolge seiner später noch zu erörternden Unterscheidung zwischen persönlicher und sachlicher Gleichheit in dem größten Teil dieser Bestimmungen Garantien der persönlichen Gleichheit. Eine solche Bestimmung ist nicht leicht und bedarf von Fall zu Fall einer sorgfältigen Untersuchung. Mainzer, dem es darauf ankommt, die Unmöglichkeit relativer Gleichheit nachzuweisen, will in den Artikeln 118, 123, 124 das Gebot absoluter Gleichheit sehen[89]). Auch darauf wird unten näher einzugehen sein. Jedenfalls zieht sich der Gedanke der Rechtsgleichheit „wie ein

[78]) Veröffl. 3, S. 48.
[79]) Die jur. Bedeutg. der Grundrechte, S. 9, 11.
[80]) Veröffl. 3, S. 30 ff.
[81]) Art. 22, 17, 41/I, 73—76, 18, 43/II, 126, 128/I, II, 123, 124, 130/II, 132, 133.
[82]) Art. 155/II S. 2; 155/IV S. 2; 159; 160; 122/I S. 2; 118/I S. 2; 164; 165 und mittelbare Behandl. d. Gleichheit unter d. Gesichtspkt. d. Freiheit: 151/I S. 3; 111; 153.
[83]) Art. 119/I S. 2.
[84]) Art. 113.
[85]) Art. 136/I S. 2; 124/I S. 3; 137/I—VII.
[86]) Art. 143/II, III; 146/I; 147/I S. 2, II S. 3; 145/I; 146/III.
[87]) Art. 105 S. 1, 2, 4; 106.
[88]) Art. 112/I, II, III; 114, 115, 117, 118, 142, 134.
[89]) Gleichheit usw. S. 69.

roter Faden“[90]) durch das ganze Verfassungswerk, und man kann schon im Wege der „Rechtsanalogie“ folgern, daß der Gedanke der Rechtsgleichheit positives Verfassungsrecht ist. Der Art. 109/I spricht denselben Gedanken aus, und es ist daher zu folgern, daß er auch dieselbe Tragweite haben soll wie die durch Analogieschluß gefundene Gleichheitsforderung, die Tragweite eines Verfassungsgrundsatzes der Rechtsgleichheit. Dieser Grundsatz, der an vielen Stellen der Verfassung konkretisiert ist, gilt darüber hinaus, auch da, wo er nicht ausdrücklich erwähnt ist[91]).

Diese Begründung des Art. 109/I erscheint durchaus stichhaltig. Art. 109/I muß deshalb das Gebot der Rechtsgleichheit enthalten, weil sonst neben vielen in der Verfassung geregelten Sonderanwendungsfällen eine große Reihe von Lücken entstehen würde, in deren Behandlung der Gesetzgeber frei wäre. Die Sondervorschriften der RV. sind aber nur eine Zusammenfassung von Gedanken, die in Weimar besonders wichtig erschienen; daraus, daß nur sie in die Verfassung aufgenommen wurden, ist nicht die Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers in allen nicht ausdrücklich erwähnten Fällen zu folgern. Richtiger ist es vielmehr, umgekehrt mit Nawiasky aus den vorhandenen Regelungen den Analogieschluß zu ziehen auf die allgemeine Forderung der Rechtsgleichheit und den Art. 109/I als ausdrückliche Bestätigung dieses Schlusses zu nehmen. Die Rechtsgleichheit bildet einen Leitgedanken der Verfassung, zu dem sich der Gesetzgeber schlechterdings nicht in Widerspruch setzen darf. Wie weit man davon eine Abweichung zulassen will, wenn ein „überwiegendes Interesse der Gesamtheit“[92]) im Spiele ist, wird unten im § 5 zu prüfen sein. Grundsätzlich fordert der Zusammenhang des geltenden deutschen Verfassungsrechts die Gleichheit des Gesetzes.

Die Auffassung des Deutschen Reiches nach außen hin geht in allen amtlichen Aeußerungen zweifellos dahin, den Gleichheitssatz auf die Inhaltsgleichheit der Gesetze zu beziehen. Diese Berücksichtigung des Zusammenhanges im Völkerrecht mag zu dem Zusammenhang innerhalb der Verfassung noch hinzukommen. Mainzer[93]) glaubt allerdings, daß diese Verträge belanglos seien, da der erste von ihnen, das Oberschlesienabkommen am 15. 5. 1922 geschlossen sei, während die Reichsverfassung vom 11. 8. 1919 sei. Diese Auffassung entspringt seiner Ansicht, daß nur die Zeit der Entstehung der Verfassung für die Auslegung in Betracht komme — eine Auffassung, auf die zurück-

---

[90]) Nawiasky, a. a. O. S. 36.
[91]) So auch Stier-Somlo, „Art. 109“, S. 193.
[92]) Poetzsch-Heffter, Komm. S. 400.
[93]) Gleichheit usw. S. 65.

zukommen sein wird. Hier sei festgestellt, daß die Auslegung des Art. 109/I zweifelhaft war und in verschiedener Weise erfolgte. Es ist daher richtig, auch die Auslegung des Gleichheitssatzes zu berücksichtigen, die die deutsche Regierung in Verhandlungen mit fremden Staaten vertrat. Es erscheint logisch, daß eine Auffassung, die wir für die deutschen Minderheiten jenseits der Reichsgrenzen stets vertreten haben, nämlich die Forderung der Gesetzesgleichheit — so z. B. im Art. 75/II des deutsch-polnischen Abkommens über Oberschlesien[94]) — auch innerhalb der Grenzen für das deutsche Volk gilt[95]).

Neben der Auslegung nach Wortlaut und Zusammenhang steht die geschichtliche. Bevor in eine Untersuchung geschichtlicher Entwicklung aber eingetreten wird, ist zu berücksichtigen, daß nur da sichere Schlüsse für die Auslegung zu erwarten stehen, wo auch ein geistiger Zusammenhang zwischen den fraglichen Zeitabschnitten besteht[96]). Unter diesem Gesichtspunkt wird man die geschichtliche Auslegung in dreierlei Hinsicht vornehmen dürfen. Erstens im Hinblick auf die Frankfurter Nationalversammlung, zweitens im Hinblick auf die preußische Verfassung von 1850 und drittens im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte des Art. 109/I in Weimar. Im letzten Punkt ist ein geistiger Zusammenhang sicher; eine andere Frage ist es, wie weit bei der Auslegung aus den Äußerungen während der Gesetzesberatung Schlüsse gezogen werden dürfen. Der „Wille" des Gesetzgebers ist eine Auslegungsquelle, die gerade in parlamentarischen Staaten mit größter Vorsicht zu benutzen ist. Mainzer, der jede Ideengeschichte der Gleichheit und jeden Zusammenhang von Verfassung zu Verfassung leugnet, will[97]) die Vorgänge bei der „Schöpfung des Satzes" zum ausschließlichen Gegenstand der geschichtlichen Betrachtungen erheben. Aber gerade die Entstehungsgeschichte des Art. 109/I ist in ihrer Dürftigkeit der beste Beweis dafür, daß auf ein weiteres Zurückgehen in der Geschichte nicht verzichtet werden kann. Als die Nationalversammlung den Gleichheitssatz ohne ein Wort der Erörterung in die Verfassung aufnahm, da „schuf" sie diesen Satz wirklich nicht, sie übernahm ihn vielmehr mit seiner ausgesprochenen Bedeutung. Die Äußerungen der Abgeordneten sind für die Auslegung wohl heranzuziehen, aber sie sind nie „Gegenstand ausschließlicher Betrachtung", sie sind vielmehr

---

[94]) „Les dispositions législatives et administratives ne peuvent établir aucun traitement différential à l'égard des ressortissants appartenants à une minorité. De même elles ne peuvent être interprétées ou appliquées d'une manière différentielle au préjudice de ces personnes."

[95]) Ähnlich Schmitt, Unabhängigkeit d. Richt. usw., S. 24.

[96]) Nawiasky, Veröffl. 3, S. 20, 26 f.

[97]) Gleichheit usw. S. 9.

alles andere als entscheidend. Es ist ausdrücklich an der Auslegungsregel festzuhalten, daß auch gegen die Motive, Protokolle und Erörterungen, die die Entstehung eines Gesetzes begleiten, später eine andere Auslegung möglich ist, sofern das Rechtsempfinden sich geändert hat, oder andere Gründe einen solchen Bedeutungswandel rechtfertigen[98]). Was die Abgeordneten sagen, ist von der Augenblicksforderung des politischen Kampfes bestimmt. Diese Verhältnisse spielen bei der Auslegung des Gleichheitssatzes aber kaum eine Rolle, denn seine Entstehungsgeschichte in Weimar ist abolut unergiebig[99]). Der Satz wurde, wie oben dargestellt, überall ohne ein einziges Wort der Debatte angenommen. Ob ein Schluß daraus zulässig ist, daß Art. 109/I die Formel „vor dem Gesetz" ausdrücklich wiederholte, obwohl die bayrische Verfassung vom 26. 5. 1818 von der Gleichheit „des" Gesetzes gesprochen hatte[100]), erscheint mehr als zweifelhaft. Dieser Schluß ist zu weit hergeholt, um stichhaltig zu sein; höchstwahrscheinlich haben die meisten der Abgeordneten in Weimar diese Wendung der bayrischen Verfassung von 1818 gar nicht gekannt; die sie aber kannten, die waren nicht gewillt, aus ihr die Formulierungen zu übernehmen, sondern aus der ungleich näher liegenden Frankfurter Verfassung und allenfalls aus der preußischen Verfassung. Auch der Umstand, daß nach langer Debatte der Art. 107 des IV. Entwurfs, der die Grundrechte eine Richtschnur für die Gesetzgebung nannte, zu Fall kam, ist unerheblich[101]). Art. 107 wurde abgelehnt, weil unter den Grundrechten einige waren, die ganz unjuristische, rein sittliche Leitsätze darstellten und zu der Bestimmung des Art. 107 in kein Verhältnis treten konnten[102]). Des Art. 109/I ist dabei mit keinem Worte gedacht worden.

Die preußische Verfassung darf zur Auslegung ebenfalls herangezogen werden, denn sie, die bis 1918 in Kraft war, stand der Regierung und den Abgeordneten sicher vor Augen. Sie enthält im Art. 4 die Formel: „Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich", und dieser Satz ist vor dem Kriege von der überwiegenden Mehrheit aller Staatsrechtslehrer im Sinne einer bloßen Rechtsanwendungsgleichheit ausgelegt worden. Diese Tatsache kann man nicht einfach als „gleichgültig"[103]) bezeichnen, man darf sie andererseits aber auch nicht überschätzen. Eine Überschätzung bedeutet es, wenn man sagt, der Art. 4 sei bisher stets im Sinne der Rechtsanwendungsgleichheit ausgelegt worden,

---

[98]) Vergleiche Leonhard, Auslegung u. Auslegungsnormen, S. 14.
[99]) Thoma, Grundrechte, S. 217 ff.
[100]) So argumentiert Breiholdt, preuß. Verw. Bl. 47, S. 112.
[101]) Vergl. auch Kaufmann, Veröffl. 3, S. 6.
[102]) Z. B. Art. 151/I; 152/II; 153/III; 163/I.
[103]) Triepel, Goldbilanz VO., S. 28.

Art. 109/I habe den Art. 4 wörtlich übernommen und bis zum Beweise des Gegenteils müsse daher auch an der alten Auslegung festgehalten werden[104]). Inwiefern die Verfassung der demokratischen Republik darin auf einmal „konservativ"[104]) sein soll, ist nicht einzusehen, denn die einschränkende Auslegung des Art. 4 war nur durch das ganze Staatssystem der konstitutionellen Monarchie — das ja nunmehr fortfiel — gerechtfertigt. Gegen diese Heranziehung des Art. 4 läßt sich zweierlei einwenden: Erstens war auch die Auslegung des Art. 4 vor dem Kriege durchaus nicht ganz unbestritten. Von jeher hat eine Minderheit die Auffassung vertreten, Art. 4 verlange die Gesetzesgleichheit. Die Ansicht war schon in beiden Kammern bei Beratung der Verfassung vertreten; ausdrücklich stellte die Zentralabteilung den Gleichheitssatz an den Anfang des Artikels, um seine beherrschende Stellung der folgenden Aufhebung der Standesvorrechte gegenüber zu betonen[105]). Gelegentlich der Beratung der sogenannten Polengesetze, die durch die landesverräterischen Absichten der Polen nötig geworden waren, keineswegs aber Unterdrückungsgesetze nationaler Minderheiten darstellten, in den preußischen Kammern im Jahre 1886 nahmen die Führer der Polen den Schutz des Art. 4 für sich in Anspruch, um die Unzulässigkeit dieser Gesetze zu begründen. Außer ihnen vertraten aber auch andere Abgeordnete aus rein wissenschaftlichen Gründen den gleichen Standpunkt[106]). Von jeher gab es eine Ansicht, die den Art. 4 im Sinne des Verbots einer Klassengesetzgebung auslegte, also — um mit Nawiasky - v. Hippel[107]) zu sprechen — im Sinne des Gebots persönlicher Rechtsgleichheit. Zu dieser Gruppe gehört auch Stammler, der ausführt[108]), Art. 4 wolle nicht nur die Willkür aus der Rechtsanwendung ausschalten, sondern auch den Inhalt der kommenden Gesetze in bestimmter Richtung festlegen. — Dieser Minderheitsauffassung stand allerdings eine geschlossene Front von Wissenschaft und Praxis[109]) gegenüber.

Ein zweiter Grund aber ist gegen die Heranziehung des Art. 4 noch geltend zu machen: eine andere Auslegung als die im Sinne der Rechtsanwendungsgleichheit war im alten Preußen schon deshalb unmöglich, weil es keine Instanz gab, die eine Verletzung des Art. 4 hätte nachprüfen können[110]). In dem ganzen Rechtssystem der preußischen Monarchie hätte ein Satz,

---

[104]) Anschütz, Komm., S. 462 ff.
[105]) Protokolle d. preuß. Nat.-Vers. III, S. 211.
[106]) Vergl. Abg. Haenel, Stenogr. Ber. 1886, S. 1728; auch Anschütz, Veröffl. 3, S. 49; Triepel, a. a. O. S. 50.
[107]) Arch. f. öffl. R., NF. 10, S. 137.
[108]) Priv. u. Vorr. S. 223.
[109]) Vergl. z. B. preuß. OVG. 56, S. 230.
[110]) Art. 106, preuß. Verfassung.

der den Gesetzgeber so allgemein und so weitgehend binden wollte, schlecht Platz gefunden. Die Gesamtheit der Rechtssätze der Verfassungsurkunde und des übrigen preußischen Staatsrechts wirkte auf Art. 4 zurück und ließ eine andere Auslegung als die der Rechtsanwendungsgleichheit nicht sinnvoll erscheinen. Schließlich muß ein Rechtssatz so ausgelegt werden, daß er im Rahmen der bestehenden Rechtsordnung sinnvoll ist, das konnte Art. 4 aber nur bei einschränkender Auslegung sein[111]). Man kann sagen, der wahre Sinn des Art. 4 sei gehemmt gewesen[112]), und erst jetzt nach der Revolution trete nach Fortfall aller Schranken der Satz uneingeschränkt hervor. Das ist aber schlecht ausgedrückt, weil es den Glauben entstehen läßt, Art. 4 habe früher auch den weiteren Sinn gehabt und sei nur durch die hemmende Umgebung einer „rückständigen" Verfassung an seiner freien Entwicklung gehindert worden. Diese Betrachtungsweise ist aber falsch. Richtiger ist es zu sagen: Art. 4 der preußischen Verfassung hatte seinen vollen, ausgeschöpften Sinn in dem Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit. Das war der Sinn, den er im Zusammenhang der übrigen Verfassungsbestimmungen notwendig haben mußte. Mit der Revolution stürzte aber das System der konstitutionellen Monarchie, und die Republik nahm in ihre Verfassung den gleichen Satz wieder auf. Nunmehr hat der Satz aber entsprechend den vollkommen geänderten Verhältnissen auch eine vollkommen geänderte Bedeutung. Übernommen worden ist nichts weiter als die Textformel des Satzes. Der Sinn eines Satzes, der in seiner Bedeutung so eng mit der Monarchie zusammenhing, kann über eine solche Schranke, wie es die Revolution ist, nicht mit hinübergenommen werden. Der Satz hat einen durchgreifenden Bedeutungswandel erfahren[113]). Diese Gedanken bringt in vorzüglicher Weise von Jagemann zum Ausdruck, wenn er sagt: „Es ist ein geschichtliches Gesetz steten Werdens, daß in jede Verfassung als ein Rechtsgefäß jedes Zeitalter, soweit es Umfang und Form erlaubt, seinen Inhalt hineingibt, ohne daß ein Buchstabe sich geändert hat"[114]). Der Art. 4 der preußischen Verfassung ist — das zeigt dieser Überblick — für die Auslegung des Art. 109/I nicht zu gebrauchen, denn sofern seine Auslegung im Sinne der Rechtsanwendungsgleichheit überhaupt feststand, ist sie ein Ergebnis der gesamten preußischen Staatsrechtsordnung gewesen. Diese aber hat sich mit dem November 1918 grundlegend geändert.

---

[111]) Aldag, Gleichheit S. 9; Nawiasky, Veröffl. 3, S 27.

[112]) So Aldag, a. a. O.

[113]) So Leibholz, Gleichheit S. 15, Arch. f. öffl. R., NF. 12, S. 31 gegen Anschütz, Komm. S. 462 f.

[114]) Preuß. Verw. Bl. 36, S. 300.

Schließlich bleibt noch die Frankfurter Verfassung, deren Eignung für die Auslegung zu prüfen ist. Der Gleichheitssatz im Abschn. V., Art. IV § 137, Abs. III der Frankfurter Verfassung wurde bei den Beratungen in der Paulskirche stets im Sinne der Gesetzesgleichheit ausgelegt[115]). Aus den Protokollen der Frankfurter Nationalversammlung geht hervor, daß mit dem Satz „etwas sehr Ernsthaftes" gesagt werden sollte, was Thoma[116]) bestreitet. Das gilt von der Frankfurter Verfassung noch mehr als von der französischen, der belgischen und der preußischen Verfassung, die aber alle diesen Satz nicht als ganz leere Formel übernahmen. Aus der Stellung des Gleichheitssatzes als Abs. III des § 137 läßt sich noch nichts gegen die weittragende Bedeutung schlüssig entnehmen[117]). Wenn überhaupt dem Gleichheitssatz ein geschichtlicher Anknüpfungspunkt gesucht wird, dann muß er in der Frankfurter Verfassung gesucht werden. Zahllos sind die Zeichen und Äußerungen, mit denen 1919 eine Wiederanknüpfung an die Bewegung von 1848 bezeugt wurde; allein die Wahl der Reichsfarben legt für die Wiederaufnahme altliberaler Tradition beredtes Zeugnis ab. „Altes liberales Erbgut" aus d i e s e r Erbmasse ist der Gleichheitssatz. 1848 aber wurde angesichts des Gleichheitssatzes ganz sicher — das beweist die Entstehungsgeschichte — an den Ausschluß aller Willkür gedacht[118]). Liberal ist es gerade, nur „Rechts"regeln und nicht jede beliebige Regel zum Gesetz zu erheben[119]). Die Frankfurter Verfassung ihrerseits knüpft unmittelbar an die französischen Verfassungen an, die aus dem Naturrecht hervorgehend die Gleichberechtigung aller Menschen verkündeten[120]).

Die geschichtliche Auslegung ergibt also, daß der Art. 109/I sich anschließt an die Anschauung der Frankfurter Versammlung, die einmütig für Rechtsgleichheit, dem französischen Vorbild folgend, eintrat. Die Heranziehung des Art. 4 der preußischen Verfassung ist ungerechtfertigt, die Entstehungsgeschichte des Art. 109/I in Weimar unergiebig.

Die in Deutschland heute streitige Auslegung des Gleichheitssatzes ist in anderen Ländern, vorzugsweise den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, schon seit langem eindeutig im Sinne der Gesetzesgleichheit festgelegt. Obgleich diese Tatsache allein selbstverständlich noch kein Beweggrund für die Richtigkeit der Auslegung auch in Deutschland ist, so

---

[115]) Abg. Ahrens, zitiert b. Aldag, Gleichheit S. 12.
[116]) Grundrechte S. 218.
[117]) So Thoma a. a. O.
[118]) Leibholz, Arch. f. öffl. R., NF. 12, S. 10.
[119]) Schmitt, Unabhängigkeit d. Richt. usw. S. 21.
[120]) v. Hippel, Arch. f. öffl. R., NF. 10, S. 139.

liegt der Gedanke doch nahe, die ausländischen Verhältnisse zum Vergleich heranzuziehen. An dem Beispiel der Staaten die dem Gleichheitssatz eine Auslegung im Sinne der Rechtsgleichheit geben, ist zu zeigen, daß eine solche Anschauung in alten Demokratien verwurzelt und vor allem, daß sie praktisch gut durchführbar ist. Dagegen erhebt sich aber heftiger Widerspruch. Nur dann können überhaupt Schlüsse aus staatlich getrennten Rechtsverhältnissen gezogen werden — so wird geltend gemacht[121]) —, wenn ein geistiger Zusammenhang nachweisbar ist. Ein Vergleich mit der Schweiz und Amerika soll daher unzulässig sein. Anschütz[122]) besonders wendet ein, daß eher als die ausländischen Verhältnisse die älteren innerdeutschen zum Vergleich herangezogen werden dürfen. Wenn man aber schon den Art. 4 der preußischen Verfassung — wie es oben geschehen mußte — ablehne, weil er auf anderen staatsrechtlichen Verhältnissen beruhe, dann sei es erst recht unmöglich, sich auf die Verhältnisse der beiden fremden Staaten zu beziehen, die ganz sicher auf völlig anderer staatsrechtlicher Grundlage beruhten. Diese Unterschiede zeigen sich vor allem darin, daß in der Schweiz die Kantone für ihre Verfassungen und ihre Gesetzgebung eine ungleich größere Freiheit haben als die deutschen Länder und in Amerika noch viel weiter gehend darin, daß der Grundsatz der Gewaltenteilung der Verfassung fremd ist[123]). Staaten mit einem so andersartigen Aufbau seien für einen Vergleich nicht zu brauchen. Mainzer[124]) lehnt seiner Einstellung entsprechend die Rechtsvergleichung überhaupt weitgehend ab.

Diese Bedenken sind nicht unberechtigt. Insbesondere angesichts der grundlegenden Verschiedenheit im verfassungsrechtlichen Aufbau der fremden Staaten ist ein Vergleich nur mit großem Vorbehalt zulässig[125]). Ein allein entscheidendes Gewicht kann dem Ergebnis solcher Untersuchung nicht beigelegt werden. Demgegenüber ist aber doch ein anderer Gedanke zu berücksichtigen: Der „geistige Zusammenhang", den Nawiasky fordert, ist verschieden aufzufassen. Faßt man ihn dahin auf, daß ein unmittelbarer Einfluß der einen Verfassung auf die andere seine Voraussetzung ist, so wird man von ihm im Verhältnis der Schweizer und der amerikanischen Verfassung einerseits und der deutschen Verfassung andererseits nicht sprechen können. Faßt man aber den geistigen Zusammenhang in dem Sinne auf, daß innerhalb eines Kulturkreises und einer Zeit-

[121]) Nawiasky, Veröffl. 3, S. 26 f.
[122]) Komm. S. 464 f.
[123]) Vergl. v. Hippel, Arch. f. öffl. R., NF. 10, S. 145.
[124]) Gleichheit usw. S. 16.
[125]) So auch W. Jellinek, Veröffl. 3, S. 59 f.

spanne dieselbe Generation den gleichen leitenden Gedanken in verschiedenen Verfassungen des Kulturkreises zum Ausdruck bringt, so lautet das Ergebnis durchaus anders. Es ist im 20. Jahrhundert nicht zweifelhaft, daß Deutschland, die Schweiz und die Vereinigten Staaten in einen Kulturkreis gehören; selbst wenn Deutschland in seiner konstitutionellen Monarchie eine eigene Haltung bewahrte, so trat es doch 1918 in den Kreis dieser demokratischen Völker[126]). Aber auch ohne Rücksicht auf die Staatsform läßt sich allgemein sagen, daß der Gleichheitssatz wenigstens in der Theorie Gemeingut der ganzen zivilisierten Menschheit ist. Der beste Beweis dafür ist die immer wiederkehrende genaue Festlegung des Satzes in den verschiedensten Abkommen[127]). Hinzu kommt schließlich noch ein Gesichtspunkt Aldags[128]): da der Wortlaut des Satzes aus anderen Urkunden übernommen sei, könne auch die an anderer Stelle übliche Auslegung zum Vergleich herangezogen werden.

Zusammenfassend ist zu sagen: die Auslegung, die der Gleichheitssatz in der Schweiz und in Amerika findet, kann nicht unbesehen auf deutsche Verhältnisse übernommen werden. Der Gleichheitssatz gehört zum allgemeinen Kulturgut der Gegenwart; das berechtigt zwar nicht zu dem Schluß, daß die Auslegung der alten demokratischen Staaten die einzig richtige ist, das liefert aber — wenn man für deutsche Verhältnisse schon zur Auslegung im Sinne der Gesetzesgleichheit gelangt ist — die Probe darauf, daß diese Auslegung nicht abwegig ist. Insbesondere ist es erlaubt, später die ausländische Auslegung heranzuziehen, wenn es sich darum handelt, den Inhalt des Gleichheitsbegriffs zu bestimmen, und wenn es gilt, dem Einwand entgegenzutreten, daß durch eine richterliche Prüfung der Gesetze in bezug auf Art. 109/I die Rechtssicherheit gefährdet werde[129]). Eine solche vergleichsweise Heranziehung ausländischen Rechts bei der Untersuchung der Folgerungen ist zulässig, nachdem die Entscheidung über die Grundfrage unabhängig davon gefallen ist. In diesem Sinne ist die Auffassung der Schweiz und die Nord-Amerikas festzustellen.

In der Schweiz galt der Art. 4 der Schweizer Bundesverfassung von jeher als Bekenntnis zur Rechtsgleichheit, trotzdem auch er den Wortlaut hatte: „alle Schweizer sind v o r dem Gesetze gleich". Die Überwachung des Gleichheitssatzes war von 1848 bis 1874 Aufgabe der Bundesversammlung, von da ab des Bundesgerichts in Lausanne[130]); das Schweizer Bundes-

[126]) Triepel, ebda. S. 50 f.
[127]) Kaufmann, Veröffl. 3, S. 5.
[128]) Gleichheit S. 8.
[129]) Leibholz, Arch. f. öffl. R., NF. 12, S. 9.
[130]) Vergleiche auch Aldag, Gleichheit S. 8; Leibholz, Gleichheit S. 36.

gericht vertritt seitdem in ständiger Rechtsprechung den Gedanken, daß „das in Art. 4 niedergelegte Prinzip der Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetz als grundsätzliche Norm maßgebend ist, sowohl für die verwaltende und richterliche, als auch für die gesetzgeberische Tätigkeit der Staatsbehörden. Es wird dadurch sowohl gleiche Anwendung der Gesetze auf alle Bürger als auch gleiche Behandlung derselben durch den Gesetzgeber gefordert“[131]).

In den Vereinigten Staaten wurde das XIV. Amendement zur Bundesverfassung ebenso ausgelegt. Über seine Innehaltung wachen gemeinsam die obersten Gerichtshöfe der Gliedstaaten und der Supreme Court of the U. S. A. Diese Gerichte haben ebenfalls in ständiger — oft sehr scharfer — Rechtsprechung alle Gesetze abgelehnt, die Monopole und Privilegien enthielten, es sei denn, daß die Monopole im Interesse des gemeinen Wohls erteilt wurden. Ferner wurden stets Gesetze abgelehnt, die irgend eine Beschränkung auf Bevölkerungsklassen oder Berufszweige machten, sofern nicht eine Notwendigkeit solche Unterscheidungen rechtfertigte. Zu der Forderung der Rechtsgleichheit wird ausdehnend auch Schutz gegen jede Art der Rechtsverweigerung gerechnet. Das Amendement XIV verbürgt nach amerikanischer Auffassung auch „due process“[132]).

In Österreich wurde schon vor dem Umsturz in dem Artikel 2 des Staatsgrundgesetzes wenigstens eine programmatische Richtschnur für den Gesetzgeber gesehen[133]). Durch die Wiederholung des Satzes im Art. 7 des Bundesverfassungsgesetzes ist diese Auffassung ausdrücklich bestätigt worden.

Schließlich ist noch ein Blick auf das Völkerrecht zu werfen, dem Nawiasky[134]) freilich die Vergleichsfähigkeit abstreitet, ebenso wie Mainzer[135]), der jede Bedeutung völkerrechtlicher Verträge für die Auslegung des innerstaatlichen Rechts leugnet. Ausgehend aber von dem Gedanken, daß der Gleichheitssatz gemeinsames Kulturgut der Gegenwart ist[136]), läßt sich feststellen, daß gerade die Erwähnung eines solchen Satzes in den

---

[131]) Schweizer B.G. Entschdg. 6, S. 172.
[132]) Freund, Amerika S. 55 f.
[133]) Kelsen, Österr. Staatsr. S. 50.
[134]) Nawiasky, Veröffl. 3, S. 62.
[135]) Gleichheit usw. S. 16.
[136]) Daran ändern die Erscheinungen der Praxis, wie etwa der Versailler Vertrag, die Behandlung der Neger in den Vereinigten Staaten oder die Behandlung der Kolonialvölker nichts. Festzuhalten ist daran, daß die Kulturstaaten der Gegenwart sich zum Gleichheitssatz als zu einem Prinzip grundsätzlich bekennen. Trotz aller praktischen Abweichungen erkennen sie den Satz doch immer wieder als sein sollend an, so z. B. wenn allmählich das Kolonialsystem dem Mandatssystem weicht, indem nunmehr von Völkern gesprochen wird, die „noch nicht reif“ zur Selbstverwaltung seien.

internationalen Verträgen den besten Beweis für seine allgemein anerkannte, internationale Gültigkeit liefert[137]). Lehrreich sind hier vor allem die Verträge zum Schutze der Minderheiten, die die Siegermächte mit den neu entstandenen Oststaaten schlossen, denen sie Gebiete alter Kulturländer ausliefern wollten[138]).

Vielfach werden in den Begründungen der einen oder der anderen Lehre Gesichtspunkte verwertet, die auf die Zweckmäßigkeit und Unzweckmäßigkeit der einen und der andern Auffassung abstellen. Wenn diese Gesichtspunkte in Gründen und Gegengründen auch hier untersucht werden, so muß vorausgeschickt werden, daß die Ergebnisse solcher Untersuchung sehr vorsichtig gewertet werden müssen, vorsichtiger noch als die Ergebnisse der Rechtsvergleichung. Gründe, die den seelischen Motiven entspringen, die also gewissermaßen den Wunsch selbst zum Beweis für die Erfüllung des Wunsches verwenden wollen, oder Gründe, die die Frage der politischen Zweckmäßigkeit berücksichtigen, sind für eine wissenschaftliche Untersuchung nie unbedingt brauchbar. Der Sinn wissenschaftlicher Untersuchung ist das Forschen nach Wahrheit an Hand zwingender Beweise. Das Ergebnis dieser Untersuchung wird ohne Rücksicht auf andere, etwa politische, Verhältnisse der Umwelt aufgestellt. Eine ganz andere Frage ist es, wie weit ein solches Ergebnis aus Zweckmäßigkeitserwägungen nicht verwirklicht werden darf. Grundsätzlich muß eine Erkenntnis unberührt von äußeren Umständen gewonnen werden; eine Methode, die sagt: zu diesem Ergebnis darf die Untersuchung nicht gelangen, denn die Folgen wären politisch nicht tragbar, ist falsch[139]).

Demgegenüber ließe sich zur Verteidigung einer teleologischen Betrachtungsweise anführen, daß ein Ergebnis, das noch so streng logischer Beweisführung entspringt, notwendig dann falsch sei, wenn es dem „gesunden Menschenverstand" wider-

---

[137]) Vergleiche Kaufmann, Veröffl. 3, S. 5 und S. 61.

[138]) Vergleiche z. B. Art. VII u. VIII des polnischen Minderheitenschutzvertrages vom 28. 6. 1919: „Tous les ressortissants polonais seront égaux devant la loi et jouiront des mêmes droits civiles et politiques sans distinction de race, de langage ou de réligion . . ." und „les ressortissants polonais appartenants à des minorités ethinques, de réligion ou de langue, jouiront du même traitement et des mêmes garanties en droit et en fait que les autres ressortissants polonais . . ." Dabei sind die Formeln „égaux devant la loi" und „jouiront des mêmes droits civiles et politiques" beide auf die Rechtssetzungs- und anwendungsgleichheit zu beziehen und nicht die erste auf die Rechtsanwendung und nur die zweite auf die Rechtssetzung, denn beide Formeln haben zu beiden Rechtstätigkeiten die gleiche Bedeutung.

Ebenso die deutsche Regierung in der Denkschrift für den Ständigen Internationalen Gerichtshof zur Begutachtung für die Fragen betr. die Ansiedler u. Pächter in Polen, S. 25 f. und der oben zitierte Art. 75 Abs. II des deutsch-polnischen Oberschlesienabkommens.

[139]) Ähnlich Heller, Veröffl. 3, S. 57.

streitet. Eine Auslegung unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit stellt nach Leonhard[140]) eine gewohnheitsrechtlich begründete Anwendung der a priori vorhandenen Rechtsidee dar, die im Einzelfall eine Bewertung der vorhandenen Rechtssätze zuläßt. Eine solche Auslegung ist aber für alle anderen Rechtsgebiete eher zuzubilligen als gerade für das Verfassungsrecht. Gewiß kann ein zivilrechtliches Ergebnis dem Allgemeinempfinden als krasses Unrecht erscheinen; eine verfassungsrechtliche Auslegung ist unter diesem Gesichtspunkt aber nicht zu betrachten. Die Meinungen auf diesem Gebiet stehen zumeist unter dem Einfluß politischer Anschauungen, und diese Anschauungen sprechen stets, wenn der „gesunde Menschenverstand" spricht. Die Meinungen stehen sich aber so schroff und unversöhnlich gegenüber, daß mit einem Appell an den commonsense kein befriedigendes Ergebnis erreicht wird. Der Einwand wäre daher abzuweisen. Mit mehr Recht läßt sich zur Verteidigung teleologischer Betrachtungsweise anführen, daß es — ähnlich wie bei der Rechtsvergleichung — eine gute Probe auf das Exempel ist, wenn man am Abschluß der Untersuchung feststellen kann, daß auch die politische Zweckmäßigkeit zu dem gewonnenen Ergebnis stimmt. So ergibt es sich, daß man die teleologische Betrachtungsweise zur Bekräftigung einer Ansicht eher benutzen kann, als zur Entkräftung der Gegengründe.

Das Hauptargument der neuen Lehre ist das von Triepel[141]) zuerst gebrauchte, dem Parlamentsabsolutismus müsse entgegengetreten werden, denn dieser sei grundsätzlich schnell bereit, den Gesetzgeber von jeder Bindung frei zu sprechen und die Grundrechte auf ein Nichts zurückzuführen[142]). Sicher ist dabei, daß die Grundrechte bei ihrer Entstehung den Sinn hatten, den bisher absoluten Monarchen, der auch die gesetzgebende Gewalt innehatte, in feste Schranken zu weisen. Dieser Sinn hat auch heute noch seine Bedeutung, nachdem der König abgelöst ist durch ein Parlament, das in seiner Mehrheit absolut ist und das auch Neigungen immer zeigt, diesen Absolutismus rücksichtslos zu gebrauchen[143]). Mainzer[144]) ist allerdings der Ansicht, der Gesetzgeber sei heute keine allmächtige Versammlung, aber er vermeidet es, darauf hinzuweisen, daß es in folgerichtiger Entwicklung seiner Gedanken keine Schranke gibt, die die Zweidrittelmehrheit des Reichstages bei jeder beliebigen „Recht"-setzung hindern könnte. So verlieren die Grundrechte auch heute nicht den alten, zweckbestimmten Sinn. Sie dienen, indem

---

[140]) Auslegung u. Auslegungsnormen S. 13.
[141]) Goldbilanz VO. S. 28.
[142]) Ähnlich Bühler, R.V. S. 105.
[143]) Menzel, Ausnahmeger. usw. S. 81, Leibholz, Gleichh. S. 13.
[144]) Gleichheit usw. S. 15.

sie die Rechte der Bürger fest abgrenzen, sogar ausgesprochen zur „Veredlung der Demokratie“[145]). Nur eine solche Auslegung würde schließlich der Rechtsstaatsidee entsprechen, die Jhering[146]) zeichnet. Würde eine Bindung des Gesetzgebers aber nicht angenommen, so ist nicht zu verkennen, daß die Regelung der Reichsverfassung trotz der Berücksichtigung vieler Einzelfragen doch an zahlreichen Stellen Lücken bietet, die der Absolutismus des Parlaments benutzen könnte[147]). Keineswegs aber entspricht es der Zeit und dem Staat, zu denen diese Verfassung gehört, wenn das Gesetz in den Fraktionszimmern ausgearbeitet wird, ohne daß die Abgeordneten die Kritik der Außenwelt zu fürchten hätten[148]).

Diesen Erwägungen gegenüber wird eingewandt, daß der Wunsch, das Parlament unter Kontrolle zu stellen, in einem unbegründeten Mißtrauen wurzele und außerdem de lege lata nicht zu rechtfertigen sei[149]). — Ja, nicht einmal de lege ferenda seien diese Gedanken zu billigen, denn sie laufen auf Richterabsolutismus hinaus, und scheitern daran, daß objektive Maßstäbe für den Gleichheitsbegriff nicht zu finden seien[149]). Außerdem werden der neuen Lehre „immanent unitarische Konsequenzen“ vorgeworfen[150]). Wenn daraus die Haltlosigkeit der Forderung der Rechtsgleichheit gefolgert wird, weil die Länder bei der Verfassungsberatung sonst niemals diesen Satz zugelassen hätten, so ist dem von vornherein entgegenzuhalten, daß — wie bereits ausgeführt — für die Auslegung eines Gesetzes, besonders einer so alten Formel, keineswegs alles und nur das maßgebend sein kann, was bei der letzten Beratung des Satzes zur Sprache gekommen ist. Aus dem gleichen Grunde ist auch die Ansicht Breiholdt's zurückzuweisen, der einzige Sinn des Gleichheitssatzes sei eine Paralysierung des Art. 165, ein „Riegel vor die Sowjetjustiz“ gewesen[151]). Wie dem auch sei, damit kann sich eine Auslegung nicht abfinden; denn die Versammlung in Weimar hat den Gleichheitssatz eben nicht erfunden, sondern übernommen. Daß sie sich dabei keine großen Gedanken gemacht hat, steht fest. Breiholdt[152]) widerspricht im nächsten Satze auch seinem Parteigänger Anschütz, wenn er feststellt, vielleicht hätten bei der Aufnahme des Art. 109/I auch „großdeutsche Gedanken“ mitgespielt.

---

[145]) Leibholz a. a. O. S. 37.
[146]) Geist d. römischen Rechts, Bd. II, S. 90.
[147]) Nawiasky, Veröffl. 3, S. 37.
[148]) Hensel, Veröffl. 3, S. 58.
[149]) Anschütz, Komm. S. 465.
[150]) Anschütz, Veröff. 3, S. 48.
[151]) Preuß, Verw. Bl. 47, S. 110.
[152]) a. a. O. S. 110.

Zur Frage des Unitarismus ist zu sagen, daß die Grundrechte allgemein eine fraglose unitarische Tendenz haben. Das ist auch in Weimar klar gewesen, und der Abgeordnete Naumann hat es im Plenum ausdrücklich erklärt, als er in seiner bereits angeführten Äußerung die Grundrechte ein Einheitssymbol nannte. Es ist auch nicht zweifelhaft, daß die Forderung der Gleichheit der Gesetze in Weimar begrüßt worden wäre, wenn man schon damals auf die Wichtigkeit dieser Auslegungsfrage hätte hinweisen können[153]).

Zu dem Vorwurf, die neue Lehre wurzele in einem ungerechtfertigten Mißtrauen in die Sachlichkeit des Parlaments, läßt sich kaum Stellung nehmen. Diese Entscheidung verweist Stier-Somlo[154]) mit Recht in den „Bereich der Seele". Eins geht aus dem positiven Verfassungsrecht hervor: der Gesetzgeber ist in seiner Zweidrittelmehrheit unbeschränkt — Mainzer äußert sich an der entsprechenden Stelle[155]) nicht darüber, ob er die Abschaffung der Artikel über den Volksentscheid für zulässig halten würde — und auch in seiner einfachen Mehrheit weitgehend Herr der Verwaltung. Daß aber diese Machtvereinigung in der Hand eines Organs unter Umständen eine schwere Bedrohung der staatsbürgerlichen Freiheit darstellen kann, ist „eine Wahrheit, die nicht erst von Montesquieu stammt"[156]). Angesichts der Gesetze, die insbesondere in der Aufwertungs- und Übergangszeit in großer Menge erlassen wurden, sind sicher weitgehend Zweifel an der Objektivität und Gründlichkeit dieser gesetzgebenden Gewalt entstanden. Mit ihnen läßt sich aber, wie erwähnt, wissenschaftlich nichts begründen; sicher ist dagegen, daß, wenn die neue Lehre richtig ist, mit ihrer Hilfe Garantien geschaffen werden können, die nunmehr jedes Mißtrauen gegen den Gesetzgeber unnötig machen werden. Auch das ist keine Begründung, aber es ist ein Beweis dafür, daß die neue Lehre auch in ihren Auswirkungen den Anforderungen der Zeit entspricht. Gegen die neue Lehre darf aber ebensowenig eingewandt werden, daß sie die „Legitimitätsgrundlage des Staates — nach gegenwärtigem Recht der Demokratie" anfeinde. Über solche Unterstellung einer politischen Tendenz ist eine wissenschaftliche Untersuchung erhaben.

Am Abschluß der positivrechtlichen Untersuchung sind noch einmal die Auslegungsergebnisse zusammenzustellen und zu mustern. Der Wortlaut sprach für die alte Lehre. Dieses Ergebnis wird aber dadurch sehr beeinträchtigt, daß die formelhafte Erstarrung des Satzes eine Berücksichtigung des Wort-

---

[153]) Ähnlich Leibholz, Arch. f. öffl. R., NF. 12, S. 19.
[154]) „Art. 109", S. 200.
[155]) Gleichheit usw. S. 90.
[156]) Genzmer, Schwedische Verfassung, S. 11.

lauts zwecklos erscheinen läßt. Das beweist die Praxis anderer Länder, die an den gleichen Wortlaut die Folgerung der neuen Lehre anschließt.

Der Zusammenhang sprach für die neue Auffassung. Der Gedanke der Rechtsgleichheit in der RV. erschien so stark ausgeprägt, daß er im Wege der Analogie auch für die Fälle anwendbar schien, in denen er nicht ausdrücklich ausgesprochen war. Dabei war Art. 109/I eine nochmalige ausdrückliche Erwähnung eines ohnehin immanenten Gedankens.

Die geschichtliche Auslegung verwies auf den Anschluß an die Frankfurter Verfassung und sprach, da der Gedanke der Rechtsgleichheit auch 1849 maßgebend war, für die neue Lehre.

Die Rechtsvergleichung — wenngleich mit Vorsicht anzuwenden — zeigte doch, daß die neue Lehre auch in anderen Ländern des gleichen Kulturkreises angewandt wird, und lieferte so den Beweis dafür, daß die Forderung der Rechtsgleichheit nur einen allgemein anerkannten Gedanken rechtfertige.

Die teleologische Betrachtung schließlich konnte feststellen, daß die Folgen der neuen Lehre den Gedanken der gesamten Rechtsordnung nicht widersprechen, daß sie vielmehr geeignet sind, einem Mißtrauen gegen das Parlament — über dessen Berechtigung die Wissenschaft nicht urteilt — jeden Boden zu entziehen und so das Gefüge des jungen Staates zu stärken. Zu den Ergebnissen der neuen Lehre gehört streng methodisch auch der Kreis der Fragen um das sogenannte richterliche Prüfungsrecht. Wenn diese Fragen nicht gleich hier behandelt werden, so geschieht das einmal, weil sie wichtig genug sind, um in einem besonderen Teil untersucht zu werden, dann aber auch weil die neue Lehre insoweit unabhängig von ihnen ist, als eine Bindung des Gesetzgebers auch schon in einer rechtlichen Bindung ohne Rechtsschutzsicherungen zu erblicken ist.

Zusammenfassend ist festzustellen: Die überwiegende Zahl der Gründe und vor allem die gewichtigeren Gründe sprechen sich für die neue Lehre aus. Die Frage, ob die gesetzgebende Gewalt durch den Art. 109/I gebunden sei, ist daher zu b e j a h e n.

§ 4.

Überpositivrechtliche Auslegung.

Der positiven Auslegung trat erstmalig mit dem Referat Kaufmanns[157]) auf der Staatsrechtslehrertagung in Münster eine Auffassung entgegen, die eine Bindung des Gesetzgebers aus der Rechtsidee ableitet.

---

[157]) Veröffl. 3, S. 2 ff.

In der Folgezeit ist der alte Streit zwischen Positivismus und Überpositivismus, der Streit um die Begriffe Recht, Rechtsstaat, Gerechtigkeit besonders heiß um den Gleichheitssatz entbrannt. Es ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, diesen Streit, insbesondere die verschiedenen Richtungen des Überpositivismus[158]), erschöpfend darzustellen. Um jedoch in der verwirrenden Fülle der Begriffe festen Boden zu gewinnen, ist es erforderlich, Positivismus, Überpositivismus und Naturrecht gegeneinander abzugrenzen.

Positivismus ist eine Auffassung, die das Recht als die Summe der vom Staat gesetzten Normen betrachtet. Staat und Recht werden insofern eins, Recht ist das, was der Staat durchzusetzen die Macht hat. Das Recht hat mit Ethik nur soweit zu tun, als es selbst — ausdrücklich oder stillschweigend — auf ethische Sätze verweist. Das Recht wird lediglich aus dem geschriebenen Gesetz und dem Gewohnheitsrecht abgelesen, denn das Gesetz ist „das Prius"[159]).

Diese Richtung, die seit der Mitte des 19. Jahrhunderts die herrschende genannt werden kann, will grundsätzlich nur das als objektiv gelten lassen, was beweisbar ist. Aber darin liegt auch bereits die Kritik der Bewegung. Über der „Unbeweisbarkeit der Ideen verliert der Positivismus ihre Unabweisbarkeit" aus dem Auge[160]) und führt so eine „Verarmung des geistigen Lebens" mit sich herauf. Dadurch, daß nur die Willensäußerung des Staates Recht für die Positivsten ist, erkennen sie die Gerechtigkeit als Prinzip des Rechts nicht mehr an. Trotzdem aber wird das System der Rechtsordnung behandelt, als sei es unter dem Prinzip der Gerechtigkeit entstanden[161]). Diese Unrichtigkeit wird von den Positivsten selbst zugegeben, sie bemühen sich daher auch folgerichtig, an die Stelle der Gerechtigkeit ein anderes Prinzip zu setzen. Kelsen glaubt einen solchen Ersatz im Ideal des Friedens zu finden[162]); er sagt wörtlich: „Es kommt nicht darauf an, ob ein bestimmtes Gut dem einen genommen und dem anderen, und zwar nun gerade dem zugeteilt werde, dem es ‚gebührt', sondern daß zwischen beiden der Streit beendet werde." Folgerichtiger noch stellt Gysin[163]) fest, daß die Macht das einzige Kriterium des Positivismus sei. Dennoch konstituiere er sich nicht als soziale Machttheorie, sondern als

---

[158]) Vergleiche die Zusammenstellungen bei Hölk: „Ist der Gesetzgeber selbstherrlich?"

[159]) Nawiasky, Veröffl. 3, S. 25 ff.

[160]) Binder, Gerechtigkeit als Lebensprinzip d. Staates, S. 8.

[161]) Vergl. dazu Gysin, Naturrecht u. Positivität d. Rechts. Z. f. ö. R. 8, S. 52 ff.

[162]) Z. f. ö. R. 7, S. 238, Anm. 48.

[163]) a. a. O. S. 70.

Rechtslehre. Das jeweilige Ergebnis eines politischen Machtkampfes wird in jedem Falle mit den Begriffen der Gerechtigkeit und des Rechts identifiziert. So stellt Gysin einen unversöhnlichen Gegensatz zwischen Positivitätskriterium und Rechtsbegriff fest[164]) und sieht den Ausweg nur in dem Bekenntnis, daß die Jurisprudenz „ihrem spezifischen Wesen nach, das in der Orientierung am tatsächlich geltenden Recht besteht, keine Rechtserkenntnislehre", daß sie nicht die „Wissenschaft vom Recht" ist[165]).

Zur Kritik dieser Auffassung ist zunächst geltend zu machen, daß eine solche „Bankrotterklärung" der „Rechtswissenschaft" die Jurisprudenz zu einem Handwerk herabwürdigen würde. So sehr dem zuzustimmen ist, was Gysin zur Problematik des Positivismus ausführt, so entschieden ist der Ausweg abzuweisen, den er aus dieser Problematik sieht. Soll sich die Jurisprudenz damit zufrieden geben, zu registrieren und zu lehren, was die Gesetzgeber zur Norm machen, so wird sie zu einer Fachausbildung, die zur Geisteswissenschaft keine Beziehung mehr hat. Es genügt keineswegs, Recht und Macht so einfach gleichzusetzen, wie es geschieht. Allerdings ist geltendes Recht nur das, was der Staat durchzusetzen die Macht hat, das soll nicht bestritten werden; aber diese Macht muß ihre Rechtfertigung in einer Idee finden, die erst das Wesen des Rechts ausmacht und die Brücke zur Wissenschaft schlägt[166]). Erst eine solche ideengebundene Rechtsordnung ist wirklich Recht; wenn Mainzer, der spöttisch von dem „Recht in Gänsefüßchen" spricht, das „Wunschrecht" nennt, so trifft er in gewisser Hinsicht — gegen seinen Willen — durchaus das Richtige, denn eine Rechtsordnung, die unter dem Druck einfacher Macht zustandegekommen, Normen setzt, die nicht in der Gerechtigkeitsidee beruhen, unterliegt ständigen Angriffen des „Wunschrechts" so lange, bis sie sich nach der Rechtsidee ausrichtet. Die Forderung nach Gerechtigkeit wird immer bestehen bleiben, und niemals wird eine ungerechte Rechtsordnung — mag man sich ihr auch beugen müssen — allein durch die Macht legitimiert, einen Anspruch auf Geltung gewinnen[167]). Eine Übersteigerung des reinen Machtstandpunktes, wie sie heute in Rußland und in Italier geschieht, kann nur dazu führen, daß die Durchsetzung des Gerechtigkeitsprinzips auch mit Gewalt versucht wird. Ein krasser Positivismus ist letzten Endes immer ein Anreiz zur Revolution. Wenn Spinozas Wort: unusquisque tamen ius habet, quam potentia valet, Wahrheit sein soll, dann wird an die Stelle

---

[164]) a. a. O. S. 71.
[165]) a. a. O. S. 77.
[166]) Vergleiche Binder, Gerechtigkeit als Lebensprinzip, S. 27.
[167]) So auch Burckhardt, Rechtsgemeinschaft S. 187.

wissenschaftlicher Erörterung eben der Kampf um die potentia in jeder Gestalt treten.

Über dieser Forderung nach der Achtung der Idee soll nicht vergessen werden, daß wünschenswerte Änderungen des geltenden Rechts noch keineswegs selbst geltendes Recht sind. Es ist aber unrichtig, wenn Bergbohm[168]) daraus folgern will, sie hätten überhaupt kein juristisches Sein. Die Idee eines Instituts — in diesem Falle der Gleichheit — hat in Auslegungsfragen ein sehr starkes juristisches Sein. Nicht nur „was als Recht funktioniert, ist Recht", sondern ein Prinzip, das einem ganzen Staat als Leitprinzip gegeben ist, läßt sich in einem bestimmten Falle nicht beliebig durch ein schnell fertiges Gesetz ausschalten. Wer freilich in dem gesetzten Recht die erschöpfende Zusammenfassung des „Rechts" sieht, kann Bergbohms[169]) stolzer Behauptung zustimmen: „Das positive Recht hat überhaupt keine Lücken." Ihm sind die Worte v. Hippels[170]) entgegenzustellen, die die Problematik des Positivismus treffend kennzeichnen: „Wer würde eine Polizeianordnung heute noch für begründet ansehen, die, statt eine Antwort auf die Frage ihres Rechtsgrundes zu geben, stumm auf Revolver und Gummiknüppel wiese?"

Alle Einwendungen, die sich gegen den Positivismus richten, werden oft zusammenfassend mit der Bezeichnung „Naturrecht" abgetan[171]). Dieser Name ist gleichzeitig eine Kritik; die gedanklichen Widersprüche des klassischen Naturrechts werden damit dem gesamten Überpositivismus unterstellt. Um solchen Verwechslungen vorzubeugen, ist aus der großen Bewegung des Überpositivismus das klassische Naturrecht noch einmal herauszusondern. Dieses Naturrecht im engeren Sinne, das hier schlechthin als Naturrecht bezeichnet werden soll, unterscheidet sich von jedem anderen Überpositivismus durch den Glauben an eine ewige, objektive, ungeschriebene Rechtsordnung, die zu allen Zeiten und überall auf der Welt ihren Platz über den geschriebenen Gesetzen behauptet. Die starken deutschen Träger dieser Bewegung waren vor allem Christian Wolff, Kant und Fichte; heute glaubt an die Allgemeingültigkeit einer Naturrechtsordnung niemand mehr[172]). Heute leugnet auch ein Überpositivist wie Binder[173]) nicht, daß alles Recht positives

---

[168]) Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie S. 80.

[169]) a. a. O. S. 373.

[170]) Arch. f. öffl. R., NF. 18, S. 120.

[171]) Zur gedanklichen Abgrenzung des klassischen Naturrechts vom Überpositivismus vgl. die Schriften von Manigk, besonders: „Wie stehen wir heute zum Naturrecht?", S. 1 ff.

[172]) Auch Nelson, System, leugnet ein objektives Naturrecht, obwohl aus seinen Ausführungen das Gegenteil hervorzugehen scheint.

[173]) Gerechtigkeit als Lebensprinzip, S. 25.

Recht ist, das — auf gemeinsamer Rechtsüberzeugung beruhend — in Gewohnheitsrecht und Gesetz ausgedrückt ist und ständiger Änderung unterliegt. Die Unzulänglichkeit des Naturrechts legte Bergbohm[174]) zuerst überzeugend dar, ihm schlossen sich in der Folgezeit viele an. Mit Recht wird ausgeführt[175]), daß der Widerspruch der Naturrechtler der Aufklärungszeit darin liegt, daß ihre Lehre überhaupt nur auf den Staat paßte, den sie gerade zu bekämpfen beabsichtigten, die absolute Monarchie, und daß die Lehre sich selbst überwand, als sie sich in die Tat umsetzte, indem das Volk mitwirkender Bestandteil des Staates wurde. Der Rationalismus erfüllte in der Revolution seine Bestimmung, indem er sich selbst vernichtete, nachdem er mit seinem ganzen Zeitalter — auch seinem Rechtszustand — völlig abgewirtschaftet hatte[176]).

Als Nachfolger des Naturrechts haben sich aber immer Geistesrichtungen gehalten, die zusammenfassend unter dem Namen Überpositivismus bezeichnet werden sollen, weil sie sich vom Positivismus scharf durch eine andere Form des Rechtsbegriffes unterscheiden. Dem Überpositivismus gehören eine große Anzahl verschiedener Richtungen und Schulen an, die hier nicht darzustellen sind. Es läßt sich auch der Trennungstrich zwischen Positivismus und Überpositivismus einerseits und den rechtsphilosophischen Richtungen andererseits, dem Neukantianismus, Hegelianismus u. a. m., nicht mit Schärfe ziehen. Wenn z. B. in bunter Reihe Binder, Erich Kaufmann, Gerber, Holstein, Triepel, Marschall v. Bieberstein, v. Hippel, Kjellén und O. Spann genannt werden[177]), so zeigt sich darin, wie große Gegensätze der Anschauungen schließlich auf dieselbe Grundlage zurückzuführen sind, aber auch nicht mehr. Zweifellos gibt es manchen Positivisten, dessen Staatsideal von Hegel beeinflußt ist, ohne daß er deshalb gleich für den Überpositivismus in Anspruch genommen werden kann. Die Einteilung nach philosophischen Systemen darf also im Rahmen dieser Untersuchung unberücksichtigt bleiben. Ebenso ist auf einen etwaigen Gegensatz zwischen den Begriffen des Überpositivismus und des Rechtsidealismus nicht einzugehen[178]). Eine Bestimmung des Idealismus zu geben, ist sehr schwer, denn kaum ein Begriff schillert so sehr in allen Farben wie dieser. M. E. Mayer[179]) nennt den Idealis-

---

[174]) Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, S. 407, S. 478 ff.
[175]) Genzmer, Staat und Nation, S. 5.
[176]) Manigk, Savigny und der Modernismus, S. 24.
[177]) So bei Hölk, ist der Gesetzgeber selbstherrlich?, S. 54 ff.
[178]) Von ihm sprechen z. B. Holstein, Arch. f. öffl. R., NF. 11, S. 29; Leibholz, ebda., NF. 12, S. 2.
[179]) Rechtsphilosophie S. 65. Zu beachten ist, daß Mayer unter Idee nur einen Gedanken versteht, der die Beziehung zwischen Materie und höchstem Wert setzt.

mus die zweckgebundene Idee; ferner muß als idealistisch ganz allgemein eine Betrachtungsweise bezeichnet werden, die es verschmäht, vom Stofflichen auszugehen und nur die geistigen Grundlagen und den geistigen Zweck eines Gedankens gelten läßt. Damit kommt der Idealismus allgemein dem Überpositivismuß, wie er oben bestimmt wurde, nahe. Man spricht wohl von einer idealistischen Richtung, die sich allmählich auf allen Geistesgebieten immer stärker bemerkbar macht. Diese Bewegung ist unverkennbar; ebenso ist zuzugeben, daß die Rechtswissenschaft von dieser Bewegung ergriffen ist. Diese Bewegung kann man Idealismus nennen, um ihren Gegensatz zum Materialismus der letzten Zeit zu betonen. Fruchtbringend erscheint eine weitere Trennung von Überpositivismus und Idealismus nicht; für den Zweck dieser Untersuchung ist der Begriff des Überpositivismus ausreichend.

Das Wesen des Überpositivismus beruht in der Betonung des Zusammenhanges von Recht und Gerechtigkeit. Das Recht ist dem Gesetz gegenüber das Prius, eine Erscheinungsform der Sittlichkeit[180]) und nicht nur eine Äußerung des staatlichen Machtwillens. Die Macht des Staates bedarf zu ihrer Rechtfertigung einer Idee, der Gerechtigkeit. Die Gerechtigkeit wird so zum „Lebensprinzip des Staates"[181]). Aus dieser Auffassung ergibt sich auch der Begriff des Rechtsstaates, in dem der Positivismus etwas anderes sieht als der Überpositivismus. Während für den Positivismus ein Staat schon dann ein Rechtsstaat ist, wenn die Ausübung der Regierungsgewalt, insbesondere die Rechtssetzung in bestimmten, verfassungsmäßig festgelegten Bahnen vorgenommen wird, die eine kontrollierende Mitwirkung mehrerer Staatsorgane vorsehen[182]), ist ein Rechtsstaat im überpositivistischen Sinne schlechthin ein Staat, dessen Lebensprinzip die Gerechtigkeit ist, ein Staat, „in welchem gegenüber den ihm zugehörenden Menschen letztlich der Gemeinschaftsregelung des Rechts als dem Selbstwert die ursprüngliche Herrschermacht als Mittelwert unterstellt ist"[183]). Der positivistische „Rechtsstaat" ist ein rein formaler Begriff, ein Gesetzesstaat, dessen Schwerpunkt in der Legislative liegt[184]). So würde für den Positivismus die absolute Monarchie niemals als Rechtsstaat gelten können, während sie es für den Überpositivismus in dem Maße ist, in dem der Monarch die Verwirklichung der Gerechtig-

---

[180]) Leibholz ‚Arch. f. öffl. R., NF. 12, S. 2; vergl. auch Binder, Recht und Macht, S. 6, wo er seine Ansicht gegenüber „Staatsraison und Sittlichkeit", S. 225, geändert zu haben scheint.

[181]) Vergleiche Binders gleichnamige Schrift.

[182]) Mainzer, Gleichheit usw. S. 78.

[183]) Darmstädter, Grenzen d. Wirksamkeit des Rechtsstaats, S. 129.

[184]) Schmitt, Reichsgericht als Hüter d. Verfass., S. 178.

keit als seine sittliche Verantwortung empfindet[185]). Dabei wird man den Unterschied des naturrechtlichen und des überpositivistischen Rechtsstaats mit Darmstädter[186]) darin erblicken können, daß im naturrechtlichen Rechtsstaat das Recht, das „der staatlichen Herrschermacht Schranke und Bestimmung auferlegt", subjektives Recht ist, während es im überpositivistischen Staat wenn auch nicht ausschließlich, so doch weitgehend, objektives, also positives Recht ist.

Die Geltung eines überpositiven Prinzips erkennen auch die Bolschewisten an, die das Prinzip der Gewalt verkünden und dem Prinzip der Gerechtigkeit die Daseinsberechtigung absprechen, indem sie dabei — wie Binder[187]) treffend bemerkt — gleichzeitig anerkennen, daß irgend ein Prinzip als Sein Sollendes gilt. Auf solche Staaten, die wie Rußland und vielleicht auch Italien dem Gerechtigkeitsprinzip entsagt haben, kann die Bezeichnung Rechtsstaat keine Anwendung finden, denn sie setzt eine Staatsverfassung voraus, die „mindestens im Sinne begründeter Diskutierbarkeit als vernünftig betrachtet werden kann"[188]). Daraus folgt die grundsätzliche Anerkennung eines Widerstandes gegen das russische Staatssystem[189]), daraus folgt ferner — worauf noch zurückzukommen sein wird — daß ein Gesetz, das einen sehr groben Verstoß gegen die Idee des Rechtsstaats darstellt, das „wirklich und nur unsittlich" ist, nicht verbindlich ist[190]). Diese Idee des Rechts, die wenn auch nicht als objektive Norm, so doch als Begriff, als Bewertungsmaßstab a priori vorhanden ist, wird bei jeder Auslegung vorausgesetzt, wenn Gesichtspunkte der Billigkeit Berücksichtigung finden[191]). Nach ihr werden alle Rechtsprinzipien gerichtet, die im Laufe der Entwicklung darauf drängen, auch rechtsatzmäßig anerkannt zu werden, wie etwa im Völkerrecht neuerdings der Gedanke des Nationalstaats[192]). Eine solche Idee bildet die naturgegebene Brücke zwischen Jurisprudenz und Sittlichkeit, und in der Idee lebt schließlich auch das klassische Naturrecht, von seinen Fehlern befreit, unsterblich fort[193]). So wird der

---

[185]) Vergleiche den Standpunkt d. Positiv. b. Genzmer, pol. Handwörtb. Art. „Rechtsstaat", S. 418; ferner Art. „Polz. Staat" S. 335, „Obrigkeitsstaat" S. 225, „Staatsabsolutismus" S. 670, „Staatsgewalt" S. 689 u. „Republik" S. 477.

[186]) a. a. O. S. 129 f.

[187]) Gerechtigkeit als Lebensprinzip, S. 23.

[188]) v. Hippel, Arch. f. öffl. R., NF. 18, S. 114.

[189]) v. Hippel, a. a. O. S. 113.

[190]) So auch v. Hippel, a. a. O. S. 116.

[191]) Leonhard, Auslegung u. Auslegungsnormen, S. 30.

[192]) Genzmer, Staat u. Nation, S. 30.

[193]) Vergleiche diesen Gedanken b. Manigk: Wie stehen wir heute zum Naturrecht?, S. 7, 24, 35; Idee d. Naturrechts, S. 13 ff.; Freirechtsschule u. Formalismus, H.d.R. II, S. 476.

Überpositivismus bestimmt als die Art der Rechtsbetrachtung, die sich bemüht, „das geistige Prinzip aufzudecken“[194]), das dem Recht zugrunde liegt. Dieser Definition ist noch hinzuzufügen, daß es im Bestreben überpositivistischer Betrachtungsweise liegt, die sittliche Norm zu finden, die einer Rechtsnorm jeweils entspricht; d. h. der Überpositivismus führt jeden Begriff bis in das Gebiet der Ethik zurück, das für ihn mit dem Recht eng verbunden ist.

Die Berechtigung des Überpositivismus wird damit verteidigt, daß auf die Zeitwende[195]) hingewiesen wird, die eingetreten sei, und in der nun um „letzte metaphysische Absolutheiten“ gekämpft werde. Dieser Kampf halte sich in durchaus objektiver Methode und bestehe nicht — wie von der Gegenseite eingewandt wird — aus haltlosen subjektivistischen Spekulationen. Auch andere Geisteswissenschaften hätten eine exakte begriffsgeschichtliche Methode[196]), die den besten Beweis für die Möglichkeit solcher Arbeit liefere. Das sei der Boden, auf dem allein die Wissenschaften zusammenhingen, hier sei die Möglichkeit, die Rechtswissenschaft aus der positivistischen Isolierung herauszuführen. Wenn heute rechtsschöpferisch gearbeitet werde — und das sei der Fall — dann könne das nur geschehen, wenn bei jeder Untersuchung die letzte Wirklichkeitsfrage gestellt werde. In diesem Zusammenhang gesehen, sei die Frage der Rechtsgleichheit im Art. 109/I das Kernstück im Kampfe um den Rechtsstaat. Dem fügt Leibholz[197]) hinzu, keine menschliche Unzulänglichkeit dürfe es rechtfertigen, daß der Positivismus sich von dem zentralen Problem der Rechtswissenschaft ausschließe.

Die Berechtigung des Überpositivismus beruht, wie dargelegt wurde, darin, daß er der Rechtsordnung das sie rechtfertigende geistige Prinzip verleiht. Das Verhältnis der Begriffe Recht, Rechtsempfinden und Rechtsordnung zu einander ist folgendermaßen zu bestimmen: Es gibt eine Idee des Rechts, einen abstrakten und absoluten Bewertungsmaßstab für das, was ethisch Recht und Unrecht ist. Darin ist Stammler[198]) zuzustimmen, und diese erkenntniskritischen Untersuchungen Stammlers sind auch für den anzuerkennen, der die wertenden Betrachtungen für verfehlt hält[199]). Diese Rechtsidee bleibt aber ein bloßer Maßstab, mit dessen Hilfe gemessen werden kann, ob die

---

[194]) Leibholz, Arch. f. öffl. R., NF. 12, S. 2.

[195]) Vergleiche zum Folg. Holstein, Veröffl. 3, S. 55.

[196]) Holstein führt als Beisp. Harnack, R. Seeberg, v. Dilthey, E. Tröltsch u. O. v. Gierke an.

[197]) Arch. f. öffl. R., NF. 12, S. 4.

[198]) Lehre vom richtigen Recht, S. 5 ff.

[199]) Vergleiche Mezger, Sein und Sollen im Recht.

Rechtsordnung dem Recht im ethischen Sinne entspricht; niemals stellt die Rechtsidee objektives, unmittelbar anwendbares Recht dar. Es erscheint das Bild angebracht: die Rechtsidee als formaler Begriff ist ein Gefäß, das allen Völkern und allen Generationen der Welt gemeinsam ist. Jede Nation erfüllt dies Gefäß mit ihrem Recht, d. h. mit dem, was ihrem Empfinden nach mit dem Wesen des Rechts vereinbar ist. Dieser Inhalt ist national, räumlich und zeitlich, unendlich verschieden, nur für eine begrenzte Zeitspanne und nur für ein Volk läßt sich feststellen, was Recht ist. Das Rechtsempfinden der Gemeinschaft, d. h. einer zeitlich, räumlich und national verbundenen Schicht von Menschen bestimmt den jeweiligen Inhalt der Rechtsidee je nach ihrer Ethik. Das Bestehen eines solchen Rechtsempfindens wird von Mainzer[200]) unter Hinweis auf die rechtspolitische Zersplitterung geleugnet. Zugegeben ist, daß gerade auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts eine starke Zersplitterung der Anschauungen herrscht, trotzdem aber besteht über die Grundforderungen der Ethik in der deutschen Kulturgemeinschaft über den Parteien eine gemeinsame Anschauung in den Grundfragen, die den Ausdruck „Rechtsempfinden" rechtfertigt. Wenn eine solche Zersplitterung vorliegt, so berechtigt das noch nicht dazu, einen Überpositivismus überhaupt für undenkbar zu erklären, sondern es ergibt sich daraus nur, daß die Feststellung des Rechtsempfindens mit umso größerer Vorsicht gehandhabt werden muß, und daß nur ganz große Grundfragen mit Sicherheit festgestellt werden können. Das nimmt — niemand will das leugnen — der überpositivrechtlichen Auslegung von ihrer Bedeutung, aber es nimmt ihr nicht ihre Berechtigung.

Der Inhalt der Rechtsidee ist das Recht. Wie veränderlich dieser Inhalt ist, das lehrt ein Blick auf die Rechtsgeschichte, besonders das Gebiet der Ehescheidung etwa, auf dem sich die Verwurzelung des Rechts in der Ethik besonders stark zeigt. Um nun das Recht empirisch festzustellen, bleibt der Weg der Meinungsäußerung der Gemeinschaft, der Weg der Volksabstimmung. In Gebieten, die unter dem Druck irgend einer Macht nicht die Möglichkeit haben, ihr Recht selbst zu bestimmen, — die also keine Rechtsstaaten sind — wie etwa in den Kolonien, entfällt eine solche Feststellung. In ihnen gilt vielmehr das, was die beherrschende Nation für Recht hält. Bei der Feststellung des Rechtsempfindens wird es nun stets eine überstimmte Minderheit geben; das bisher Entwickelte ist also dahin zu ergänzen, daß nicht die Gemeinschaft schlechthin, sondern die Mehrheit der Gemeinschaft den Inhalt der Rechtsidee bestimmt. Die Minderheit ist an diese Bestimmung gebunden durch

[200]) Gleichheit usw. S. 38.

den ethischen Imperativ: seid untertan der Obrigkeit! Dabei ist aber zu betonen, daß nicht alles Recht ist, was die Gemeinschaft will, sondern nur das, was sie als Recht empfindet, d. h. die Bestimmung des Rechts ist keine Machtfrage, sondern eine Frage der Ethik. Trifft die Gemeinschaft eine Bestimmung, der die Beziehung zum Prinzip der Gerechtigkeit fehlt, d. h. verstößt sie beim Setzen einer Norm gegen ihre eigene sittliche Überzeugung — ein Fall, der verschwindend selten vorkommen wird — so setzt sie auch kein Recht.

Im modernen Staat gibt sich die Gemeinschaft, vertreten durch die verfassunggebende Versammlung nun eine Verfassung. Sie konkretisiert den Inhalt, den sie der Rechtsidee zu geben gedenkt, in den Grundzügen und stellt so Leitsätze auf für ihr Gemeinschaftsleben[201]). Auf Grund dieser Leitsätze delegiert die Rechtsgemeinschaft gewissermaßen die ursprünglich ihr zustehende Rechtssetzungstätigkeit als Zuständigkeit an das Parlament ihrer Vertreter. Das Parlament wird in Form einer weit gestellten Blankovollmacht[202]) berechtigt, die weitere Feststellung des geltenden Rechts selbst zu treffen. Sehr oft ist außerdem die Möglichkeit verfassungsmäßig vorgesehen, wie in Deutschland, Entscheidungen im Wege des Volksentscheids treffen zu lassen, also unmittelbare Äußerungen des Rechtsempfindens der Gemeinschaft herbeizuführen. Damit ist also gesagt, daß die Verfassung einen positiven Rahmen abgibt, innerhalb dessen die Rechtssetzung sich abspielt. Daher steht die Verfassung nicht „zur Disposition der Legislative"[203]), sondern sie ist eine Norm höherer Ordnung über den Gesetzen. Gesetzgebung ist Verfassungsrechtsanwendung[204]), Verfassungsvollzug[205]). Mainzer widerspricht sich selbst, wenn er dem Art. 109/I nur die Bedeutung der Rechtsanwendungsgleichheit zuschreibt, andererseits aber die Gesetzgebung als Verfassungsvollzug bezeichnet. Ist das Letzte richtig, dann ist eine Verfassungsbestimmung eine Norm, gerichtet an den, der sie vollziehen soll; Art. 109/I ist also ein Gebot auch an den Gesetzgeber, das Gebot der Gleichbehandlung bei der Gesetzgebung. Will man aber sagen, grundsätzlich sei die Gesetzgebung zwar Verfassungsvollzug, Art. 109/I aber enthalte speziell nur ein Gebot an den Gesetzanwender, so verschiebt sich die Beweislast zuungunsten dessen, der diese Ausnahme von der selbst aufgestellten Grundregel behauptet. Ein solcher Beweis läßt sich

---

[201]) Ähnlich Gerber, Gesetz u. Verf., S. 5: „Die Stelle, die früher das Naturrecht einnahm, hat heute die Verfassung inne."

[202]) Ähnlich Radbruch, Rechtsphil., S. 57.

[203]) Wie Anschütz, Komm. S. 348, sagt.

[204]) Gerber, Gesetz u. Verfassung, S. 4.

[205]) Mainzer, Gleichheit usw. S. 84 u. 88.

aber, wie oben dargelegt, gerade beim Gleichheitssatz auf die Gesichtspunkte positiver Auslegung nicht stützen. Folgerichtiger ist daher, wenn man der neuen Lehre widersprechen will, der Standpunkt Anschütz'[206]), der unter Berufung auf Art. 76 der Verfassung den Rang einer höheren Norm abspricht. Art. 76 ist aber kein entkräftender Gegenbeweis, denn es gibt Bestimmungen in der Verfassung, die im Wege des Art. 76 nicht außer Kraft gesetzt werden können. Zumindest ist dabei an die Bestimmungen über den Volksentscheid und den Grundsatz der Volkssouveränität zu denken. Diese Lehre, die am weitgehendsten Schmitt[207]) aufstellt, ist hier nicht umfassend darzustellen. Schmitt geht zu weit, wenn er überhaupt nur eine Änderung des organisatorischen Teils der Reichsverfassung für zulässig erklärt; seine Lehre über die Verfassungsdurchbrechungen aber verdient Billigung; danach gibt Art. 76 keine Ermächtigung zum Erlaß eines Gesetzes, das zur Verfassung im Widerspruch steht, ohne daß die Verfassungsurkunde geändert wird[208]). Im Zusammenhang mit dieser Frage ist kurz auf die ähnlich gelagerte Streitfrage zu verweisen, ob der Reichstag befugt ist, durch Gesetz ein Gesetz zu ändern, das eben durch Volksentscheid angenommen wurde. Die Frage ist mit Jacobi[209]) zu verneinen.

Diese Beschränkung der Reichstagskompetenz ist folgendermaßen zu begründen: die Blankovollmacht, die dem Parlament erteilt wird, hat Grenzen. Diese Grenzen sind durch die Grundnormen des Weimarer Staates und die Pflichten der Abgeordneten gezogen. Ein Beschluß, der die Verfassung ändert, wird sich grundsätzlich als Änderung des Inhalts der Rechtsidee darstellen, denn wenn sich für eine Änderung eine starke Mehrheit der Abgeordneten findet, so spricht eine Vermutung dafür, daß auch in der durch sie repräsentierten Rechtsgemeinschaft eine Mehrheit für die Änderung vorhanden ist, — eine Vermutung, die spätestens bei Neuwahlen widerlegbar ist. Stellt aber der Beschluß der Abgeordneten eine Vollmachtsüberschreitung dar, dann ist auch ein Verfassungsgesetz kein Recht, denn der Gesetzgeber ist nicht selbstherrlich, hat keine Tyrannenrechte. Entsprechend der Forderung v. Hippels[210]), die Lehre vom fehlerhaften Staatsakt auf den Gesetzgeber auszudehnen, würden solche Gesetze ungültig sein. So selten die Fälle sein mögen, in denen diese Frage praktisch wird, so verdient sie doch zu Ende gedacht zu werden, und es zeigt sich, daß in dieser letzten Frage auch ein Positivist wie Thoma der Idee gegenüber

---

[206]) Anschütz, a. a. O. S. 348.
[207]) Verfassungslehre, besonders z. B. S. 102 ff.
[208]) So auch Jacobi, Verfassungsänderung, S. 271.
[209]) a. a. O. S. 255; ähnlich, Michaelis, D. J. Z. 29, Sp. 1453.
[210]) D. J. Z. 1928, Sp. 1518.

der Form recht geben will, wenn er sagt[211]): „Wenn die Zweidrittelmehrheit des Reichstages sich aus politischer Leidenschaft einmal dazu hinreißen lassen sollte, unter Durchbrechung generell weiter geltender Grundrechtsnormen eine sogenannte Bill of atteinder zu beschließen, oder eine bestimmte Betätigung der Gerichtsfreiheit oder wissenschaftlichen Forschung zu unterdrücken, oder bestimmte politische Gegner einer administrativen Einkerkerung oder Verbannung zu unterziehen, oder irgend eines der anderen Prinzipien der Freiheit und Gerechtigkeit unter die Füße zu treten, die in der ganzen heutigen Kulturwelt — mit Ausnahme des Bolschewismus und des Faschismus — heilig gehalten werden, so würde ich dem Reichspräsidenten das Recht zugestehen, einen solchen Beschluß als verfassungswidrig zu behandeln, trotz der qualifizierten Mehrheit des Art. 76, und, wenn der Reichspräsident als Kontrollinstanz versagt und das Gesetz verkünden läßt, dem Staatsgerichtshof das Recht, einer solchen Maßnahme die Anwendbarkeit zu versagen. Das Gleiche müßte gegenüber entsprechenden Volksentscheiden gelten. —" Auf diese Fragen wird im Laufe der Untersuchung noch zurückzukommen sein.

Das Verhältnis der Begriffe, Recht, Rechtsidee, Rechtsempfinden und Rechtsordnung ist abschließend in der folgenden Formel zu vereinigen: die Rechtsidee ist ein Bewertungsmaßstab, an Hand dessen das Rechtsempfinden der Mehrheit der Gemeinschaft feststellt, was jeweils Recht sein soll. Die Rechtsidee vermittelt dabei keine Rechtssätze unmittelbar, wohl aber veranlaßt sie, die ihrerseits nach der sittlichen Idee orientiert ist, daß nur solche Sätze zum geltenden Recht erhoben werden, die auch von ihren Schöpfern als „maßstabsgerecht" zu dem inneren Bilde von Recht und Unrecht passend empfunden werden. Dabei soll nicht verkannt werden, daß die Idee des Rechts mit der Idee der Sittlichkeit nicht schlechthin zusammenfällt, sondern in bewußter Resignation hinter ihr zurückbleibt[212]). Trotzdem bleibt die Beziehung zwischen beiden Ideen eine sehr innige; das Empfinden für Gut und Böse beeinflußt entscheidend auch das Empfinden für Recht und Unrecht. Auf Grund dieses Empfindens aber wird eine Verfassung als Rahmen gegeben und dem Parlament die Befugnis erteilt, innerhalb dieses Rahmens das Recht durch positive Normen als Rechtsordnung zu verwirklichen. Danach ist das Recht also der in der Rechtsordnung konkretisierte Inhalt, den das Rechtsempfinden der Gemeinschaft der Rechts-

---

[211]) Die jur. Bedeutung d. Grundr., S. 47.

[212]) Manigk, jur. Aufgaben d. Rechtsphilosophie, J W. 1930, S. 235.

idee gibt. Im Sinne dieser Formel steht das Recht über dem Gesetz[213]).

Die Frage, welche Beschränkungen des Gesetzgebers sich im einzelnen aus dieser Formel ergeben, ist, wie v. Hippel[214]) treffend ausführt, a priori nicht zu beantworten. Das Verlangen danach ist vom Standpunkt des Positivismus allein verständlich, der, „wie er die Möglichkeiten eines Naturgeschehens im rechnerischen System mathematisch vorausbestimmt, auch die Welt möglicher Rechtspostulate in Tabellen bringen möchte".

Diese Gedanken waren etwas ausführlicher darzulegen, um in der verwirrenden Fülle der Gedanken festen Boden zu gewinnen, auf dem sich nunmehr die Frage stellen läßt: was sagt das Rechtsempfinden über den Rechtscharakter des Gleichheitssatzes? Unrichtig wäre es, diese Grundfragen des Überpositivismus nicht zu stellen; sie gerade sind schließlich Weltanschauungsfragen, die in der geistigen Krisenzeit, in der wir leben, einer besonderen Untersuchung bedürfen. Gerade jetzt darf die Rechtswissenschaft nicht versagen, wenn sie in dieser letzten Frage angegangen wird. Gerade jetzt muß eine Rechtsordnung auf ihre Richtigkeit geprüft werden, und richtig kann nur die Rechtsordnung sein, die die Verwirklichung eines sittlichen Lebens ermöglicht[215]). Sittlich ist aber ein Leben, das nach herrschender Überzeugung der Rechtsgemeinschaft dem Bewertungsmaßstab des Sittlichen entspricht. Abgelehnt werden muß die Beschränkung des Rechts auf den Ausdruck der Macht, die Anschütz[216]) ausdrückt: „Ich sehe in dem Recht den Ausdruck einer menschlichen Macht, die sich auf den Gemeinwillen stützt." In diesen Worten ist die Bezugnahme auf den Gemeinwillen die Bezugnahme auf einen überpositivrechtlichen Faktor; aber dieser Gemeinwille muß in Gesetzesform das eingießen, was er als Recht empfindet und nicht einfach, was er will. Abgelehnt werden muß ferner die Anschauung, es löse im steten Wechsel des Zeitlaufs eine Epoche des Überpositivismus eine positivistische ab[217]). Abgesehen vom letzten Jahrhundert hat es stets einen Überpositivismus gegeben, nicht von einem regelmäßigen Umschwung, sondern eher von einer Wiederkehr der bisher stets üblichen Betrachtungsweise kann gesprochen werden. „Das Pandektenjahrhundert wird durch das Jahrhundert der philosophischen Jurisprudenz abgelöst[218])."

---

[213]) v. Marschall, Kampf d. R., S. 135, 141.
[214]) Arch. f. öffl. R., NF. 18, S. 117.
[215]) Tatarin-Tarnheyden, Zeitschr. f. öffl. R. 7, S. 44.
[216]) Veröffl. 3, S. 48, und ähnlich Kelsen, ebda., S. 53.
[217]) Kelsen a. a. O., dagegen Heller, ebda., S. 57.
[218]) Manigk, Idee d. Naturrechts, S. 2.

Eine überpositivistische Betrachtungsweise ist, wenn überhaupt, dann hier am Platze.

Nachdem die Berechtigung überpositivistischer Untersuchung dargelegt ist, bleibt nur noch eine kurze Betrachtung des Art. 109/I von dem so gewonnenen Boden aus übrig. Der Gleichheitssatz gehört bereits seit den Zeiten des absoluten Naturrechts zum Rechtsempfinden der Gemeinschaften. Der Sinn, den die Generationen der französischen Revolution und des Jahres 1848 in den Satz legten, war der eines allgemeinen Rechtsprinzips, der Sinn des Art. 109/I ist eine Verwirklichung dieses überpositiven Prinzips für das Leben des Rechtsstaates in der Verfassung. Die Verfassung wird eine Verkörperung, eine ausdrückliche Bestätigung des überpositiven Rechtssatzes und steht in dieser Eigenschaft als Ausdruck des gemeinen Rechtsempfindens allen gegenüber, die die Rechtsnorm des Staates schaffen und handhaben, denn beides geschieht auf dem Boden des Prinzips. So wendet sich der Art. 109/I in erster Linie an den Gesetzgeber, der bei seiner Normensetzung dieses Rechtsprinzip nicht verletzen darf[219]). Es ist somit festzustellen, daß auch bei überpositivrechtlicher Betrachtung der Gesetzgeber einer Bindung an das im Art. 109/I ausgesprochene allgemeine Rechtsprinzip unterliegt. Die demnächst zu erörternde Frage, wie weit er ihr unterliegt, d. h. was noch unter das allgemeine Rechtsprinzip fällt und was nicht mehr, ist ungleich schwieriger, denn erst hier zeigen sich alle die Schwierigkeiten, mit denen der Überpositivismus zu kämpfen hat, wenn er sich bemüht, zu einem annähernd objektiven Wert zu kommen. Daß der Gesetzgeber gebunden ist, ist vom Gesichtspunkt des Rechtsprinzips aus leicht zu bejahen; ob er aber diese Bindung mißachtet oder nicht, wenn er z. B. ein Fürstenenteignungsgesetz erläßt, das ist an Hand des Rechtsempfindens zu entscheiden. Und damit beginnen alle Schwierigkeiten, denn nirgends ist das Rechtsempfinden so unsicher, veränderlich und zerrissen als auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, zumal wenn politische Gesichtspunkte hinzutreten. So kommt man zu dem Schluß, nur die Überschreitung äußerster Grenzen des Rechtsprinzips als Verstoß aufzufassen, weil nur dort eine Abweichung vom Rechtsempfinden deutlich festzustellen ist[220]). Darüber wird im § 5 zu sprechen sein. Hier ist festzustellen, daß bei überpositivistischer Betrachtung der Verfassungssatz der Gleichheit sich als ein Stück Inhalt der Rechtsidee darstellt, das besagt, der Staat solle seine Bürger gleich behandeln, d. h. ihnen auch Rechts-

---

[219]) Kaufmann, Veröffl. 3, S. 6.

[220]) Zu diesem Ergebnis gelangen auch Kaufmann, a. a. O., u. Rümelin, Gleichheit S. 80.

gleichheit gewähren. Die Schaffung rechtsgleicher Gesetze ist eine richtige Anwendung des Verfassungssatzes ebenso wie die Gleichbehandlung der Bürger durch den Richter und durch den Verwaltungsbeamten.

§ 5.

Begrenzung des Gleichheitsbegriffes.

Die Frage, ob der Gesetzgeber gebunden ist, ist mit einem Ja beantwortet worden. Damit ist aufgeworfen die weitere Frage, was denn „gleich" ist. Einige Beispiele: Alle Deutschen unter 20 Jahren dürfen nicht wählen, die Beamten und Soldaten können nicht nach freiem Belieben den Wohnsitz wechseln, ein Entmündigter darf sein Eigentum nicht selbst verwalten. Warum werden diese Gruppen anders behandelt als die große Menge der Deutschen? Das ist doch offenbar Ungleichheit, aber eine Ungleichheit, die im Interesse der Rechtsordnung notwendig ist. Sollen diese gesetzlichen Anordnungen unwirksam sein, weil sie im Widerspruch zum Art. 109/I stehen? Doch sicher nicht.

Es läßt sich also schon jetzt sagen, daß nicht alles, was rein äußerlich als verschiedenartige Behandlung erscheint, deshalb Ungleichheit im Sinne des Art. 109/I ist. Nur eine Ungleichheit, die gewisse, durch verschiedene Umstände gebotene Grenzen überschreitet, ist überhaupt „Ungleichheit" im technischen Sinne. Diese Unterscheidung zwischen der absoluten Gleichheit und der Gleichheit im Sinne des Art. 109/I muß sehr scharf gemacht werden, um Mißverständnisse auszuschließen. Es beruht z. B. auf einer Vermischung der beiden Begriffe, wenn Breiholdt[221]) Leibholz damit bekämpft, der relative Begriff „vernünftig" führe zur Rechtsungleichheit. Es sei nicht einzusehen, warum bei Vorhandensein eines vernünftigen Grundes der Gesetzgeber auf einmal von der Beachtung des Gleichheitssatzes befreit sein solle. Diese Beweisführung übersieht, daß durch das Vorhandensein eines „vernünftigen Grundes" in Leibholz' Sinne der Art. 109/I ausgeschaltet wird. Der Gesetzgeber wird durchaus nicht von der Beachtung des Gleichheitssatzes dispensiert, sondern der Gleichheitssatz steht gar nicht mehr in Frage. Der vernünftige Grund hat die Wirkung, daß die absolute Gleichheit in diesem Punkt mißachtet werden darf, nicht aber die Gleichheit im Sinne des Art. 109/I, denn diese kann überhaupt nur dann mißachtet werden, wenn kein vernünftiger Grund vorliegt.

---

[221]) Preuß. Verw. Bl. 47, S. 110; ähnlich Morstein-Marx, Hanseatische Rechtsz. 6, S. 837.

Es ist, um dieser Verwechselung vorzubeugen, im folgenden bei dem Worte „Gleichheit" stets nur an die begrenzte Gleichheit des Art. 109/I gedacht, im Gegensatz zu ihr ist der Ausdruck „absolute Gleichheit" beizubehalten.

Der Unterschied der Begriffe der absoluten und relativen Gleichheit geht auf Plato und Aristoteles zurück; sowohl im Dialog über den Staat, wie auch in der Nikomachischen Ethik wird der Gedanke ausgedrückt, daß jeder das Seine zu tun habe, und auch jeder „seiner Würdigkeit entsprechend" zu behandeln sei. Dieser Gedanke, der in den Digesten die Formulierung des suum cuique gefunden hat und Aufbauprinzip des preußischen Staates wurde, stellt den Persönlichkeitswert in Rechnung, den jede absolute Gleichbehandlung unberücksichtigt lassen muß[222]). Die Aufklärungszeit kannte weder den verschiedenen Wert der Einzelpersönlichkeit, noch — dementsprechend — den Begriff der relativen Gleichheit; ihr war das Volk eine Summe von Einzelnen, die alle gleich behandelt werden wollten, ihre Staatslehre war die des Individualismus, der der absoluten Gleichheit entspricht, während der relativen Gleichheit eine universalistische[223]), organische[224]) Staatsauffassung gerecht wird.

Mainzer[225]) nennt die relative Gleichheit eine contradictio in adjecto, da Gleichheit nur völlige Übereinstimmung bedeuten könne. Über die sprachliche Richtigkeit soll hier weniger gestritten werden als über die begriffliche. M. E. ist, wenn man die relative Gleichheit eine contradictio in adjecto nennt, auch jeder andere Begriff, der mit dem Adjektiv „relativ" verbunden wird, eine contradictio. Ein Theater, das „verhältnismäßig leer" war, war eben nicht leer, aber es ist nicht ersichtlich, was mit einem solchen Beweis gewonnen sein soll, da doch der Begriff des „verhältnismäßig" Leeren. Gleichen usw. allgemein klar ist. Es kann auch nicht zugegeben werden, daß zwei Sachverhalte erst durch den wertenden Willen des Menschen gleich oder ungleich gesetzt werden[226]). Zwei Sachverhalte sind von Natur aus immer ungleich, da naturwissenschaftliche Unterschiede stets festzustellen sind; sind diese Unterschiede so wenig erheblich, daß sie für die rechtliche Betrachtung gar nicht ins Gewicht fallen, so ist von einer absoluten Gleichheit zu sprechen. Absolute Gleichheit von Sachverhalten des Lebens ist also streng genommen auch eine Unmöglichkeit. Sind zwei Sachverhalte erheblich verschieden, so sind sie ungleich, diese Ungleichheit

---

[222]) Binder, Gerechtigkeit, S. 33; Gysin, Naturr., S. 65.

[223]) Im Sinne O. Spanns, der wahre Staat.

[224]) Binder, a. a. O. S. 39.

[225]) Gleichheit usw. S. 25.

[226]) Wie Mainzer, Gleichheit usw., S. 31, ausführt.

aber ist eine gerechtfertigte Ungleichheit, d. h. eine relative Gleichheit, wenn die vorliegende Ungleichheit gerechtfertigt erscheint durch Umstände, die in dem vorliegenden speziellen Zusammenhang besonders erheblich erscheinen. Ein Beispiel: Das Gesetz bestimmt (B. G. B. § 971), daß der Finderlohn bei einem Wert der gefundenen Sache bis 300.— RM. 5 %, von dem Mehrwert 1 % betragen soll. Wer also eine Sache im Werte von 200.— RM. findet, ist mit 10.— RM. Finderlohn verhältnismäßig begünstigt gegenüber dem Finder einer Sache im Werte von 1000.— RM., der statt 50.— RM. nur 22.— RM. beanspruchen kann. Der Gesetzgeber, der dies Gesetz erließ, setzte eine Ungleichheit. Diese Ungleichheit stellt deshalb keinen Verstoß gegen das Gleichheitsprinzip dar, weil sie durch eine Erwägung geleitet wurde, die eine solche Ungleichheit rechtfertigt, die nämlich, daß der Finderlohn bei einem wertvollen Fund nicht unmäßig hoch werden sollte. Durch diese Rechtfertigung ist die Ungleichheit des § 971 BGB. in den Bereich der relativen Gleichheit gezogen, stellt also keine Verletzung des Art. 109/I mehr dar. Die Grenze, an der eine Ungleichbehandlung einzusetzen hat, in diesem Falle die Grenze von 300 RM., bestimmt der Gesetzgeber, und zwar nicht willkürlich, sondern nach pflichtmäßigem Ermessen. An diesen Gedanken wird später noch einmal anzuknüpfen sein.

Relative Gleichheit läßt sich also bezeichnen als gerechtfertigte Ungleichheit. Mainzer[227]) weist ferner noch darauf hin, daß die Gleichheit stets nur als absolute Gleichheit gebraucht sei und nennt als Beispiele die Art. 118, 123, 124. Aber dem ist entgegenzuhalten, daß Art. 123 sicher, die anderen möglicherweise auch in der Rechtsanwendung die relative Gleichheit vorsehen. Wenn Art. 123/II sagt: „Versammlungen unter freiem Himmel können durch Reichsgesetz anmeldepflichtig gemacht und bei unmittelbarer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verboten werden", so richtet sich der letzte Halbsatz nicht mehr an den Reichsgesetzgeber, sondern an den Verwaltungsbeamten[228]). Die Polizei wird also die eine Versammlung genehmigen, die andere verbieten und diese Ungleichheit damit rechtfertigen, daß sie nach pflichtmäßigem Ermessen bei der verbotenen Versammlung eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit voraussehen mußte.

Somit ist zusammenzufassen, daß der Begriff der relativen Gleichheit zu Recht besteht, daß er insbesondere für die Verfassung eines modernen Staates zu Recht besteht. Die absolute Gleichheit als Verfassungsprinzip ist eine Unmöglichkeit[229]),

[227]) Gleichheit usw. S. 69.
[228]) Anschütz, Komm. S. 502.
[229]) Leibholz, Gleichheit S. 38; Aldag, Gleichheit S. 22.

die an der Unhaltbarkeit jeder Glückseligkeitslehre scheitern muß[230]). Gerade das Beispiel Rußlands zeigt, wie die theoretische Proklamierung der absoluten Gleichheit zu der ungeheuerlichsten Ungleichheit im Staatsleben führen muß, und auch die Bolschewisten selbst erkennen nur die brutale Macht als Leitgedanken ihres Staates an, dessen absolute Gleichheit damit im günstigsten Falle eine wirtschaftliche sein kann.

Für das Deutsche Reich läßt sich mit Sicherheit feststellen, daß die absolute Gleichheit nicht im Sinne der Weimarer Verfassung liegt, daß sie auch im Sinne des Art. 109/I nicht liegt, wird bestätigt durch die Ausführungen des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich zu seinen Urteilen vom 17. 12. 1927 über die Klagen der Splitterparteien[231]). Die Splitterparteien hatten behauptet, die von ihnen angefochtenen Landeswahlgesetze verletzten die Gleichheit der Art. 17 und 109/I. Der Staatsgerichtshof führte aus, zu prüfen sei allenfalls eine Verletzung des Art. 17, eine Verletzung des Art. 109/I sei deshalb ausgeschlossen, weil der dort aufgestellte Grundsatz der Gleichheit nur unsachliche Unterscheidungen verbiete, nicht aber unbedingt gleichmäßige Behandlung gebiete. Art. 109/I stellt also nach Ansicht des Staatsgerichtshofs für den Gesetzgeber die Forderung der relativen, nicht der absoluten Gleichheit auf. „Gleichheit der Chancen, nicht Gleichheit der materiellen Voraussetzungen"[232]) will der Katalog der Grundrechte geben, die Gleichheit des Art. 109/I ist demnach eine relative Gleichheit.

Durch diese Erkenntnis wird die aufgeworfene Frage schwieriger, denn es gilt nunmehr, die Grenzen dieser relativen Gleichheit zu bestimmen. Die Lösung dieser Aufgabe ist von den Schriftstellern in der verschiedensten Weise versucht worden. Die Gedankengänge können hier nur kurz dargestellt werden.

Die ursprünglich herrschende Ansicht sah im Art. 109/I überhaupt keine Bindung des Gesetzgebers und war daher aller Mühe einer Bestimmung des Gleichheitsbegriffs überhoben, denn bei der Rechtsanwendung gilt weitgehend absolute Gleichheit. Diese Ansicht wurde vertreten hauptsächlich von Anschütz[233]) und Giese[234]). Ihnen schlossen sich an: Stier-Somlo[235]), v. Freytagh-

---

[230]) Stammler, Rechtsphil., S. 343.

[231]) Vergleiche d. Bespr. d. Urteile v. W. Jellinek, Arch. f. öffl. R., NF. 15, S. 11.

[232]) Kaufmann, Veröffl. 3, S. 17.

[233]) Komm. 2. Aufl., S. 189.

[234]) Staatsrecht, S. 200.

[235]) Reichs- u. Landesstaatsrecht Bd. I, S. 440; Reichsstaatsr. S. 35; Art. „Grundrechte" H. d. R. S. 50; Stier-Somlo hat seine Ansicht neuerdings völlig geändert.

Loringhoven[236]), Thoma[237]), Selcher[238]), Morstein-Marx[239]), Hubrich[240]) und weiter die Reichsregierung von 1926[241]), das Reichswirtschaftsgericht[242]) u. a. m. Neuerdings vertritt Mainzer wieder mit voller Schärfe den Standpunkt, daß Art. 109/I sich auch nicht als Programmsatz an den Gesetzgeber wende. Für ihn ist der Gleichheitssatz nur ein „Versprechen in die Hand des Staatsbürgers und ein Denkzeichen für alle Staatsdiener"[243]).

Inzwischen hat sich diese Front erheblich verschoben. So hat vor allem Anschütz in der 10. Aufl. seines Kommentars[244]) der neuen Lehre wenigstens soweit Rechnung getragen, daß er die Möglichkeit zugibt, Art. 109/I könne ein Programmsatz sein, der den Gesetzgeber in Zukunft verpflichte, keine Ungleichheiten zu setzen. Er nimmt aber diesem Zugeständnis die praktische Bedeutung sofort wieder, indem er von einer Prüfung, ob und wie weit der Gesetzgeber sich an den Gleichheitssatz gehalten habe, nichts wissen will. Auf diese Weise wird eine Bestimmung des Gleichheitsbegriffs auch diesmal vermieden. Anschütz begründet seine Auffassung mit der Ausführung, wenn Art. 109/I eine nachprüfbare, sofort materiell wirksame Bindung des Gesetzgebers bedeute, dann müsse auch für die anderen Programmsätze, z. B. den Art. 119/I das Gleiche gelten, d. h. praktisch müßte der größte Teil des Familienrechts des B. G. B., insbesondere des Güterrechts, ungültig sein. Da dieses Ergebnis unmöglich sei, so bleibe nur der Schluß übrig, daß Art. 109/I eine Zukunftsrichtlinie für den Gesetzgeber sei, für deren Einhaltung er nur sich selbst verantwortlich sei. Diese Auffassung, die sich mit der Georg Jellineks[245]) berührt, wird unterstützt von Giese[246]), Hofacker[247]) und Waldecker[248]).

Dieser Auffassung wird mit Recht entgegengehalten[249]), daß es unbewiesen bleibt, warum Art. 109/I nur ein Programmsatz

---

[236]) Weimarer Verf. in Lehre u. Wirklichkeit, S. 296.
[237]) Grundrechte u. Polizeigew., S. 217; die jur. Bedt. d. Grundr. i. Allg., S. 23.
[238]) Fischers Zeitschr. 59, S. 131 (109/I ist zwar eine sittliche, aber keine Rechtsford. f. d. Gesetzgeber).
[239]) In der Hanseatischen Rechtsz. 6, S. 837 f.
[240]) Demokr. Verf. R., S. 200.
[241]) Minister Külz im Namen d. Reichsreg. im Rechtsausschuß d. Reichstages (Protok. d. 13. Auss. vom 20. 4. 1926, 72. Sitzg.).
[242]) Vergl. Schaelicke, J. W., 1922, S. 1695.
[243]) Gleichheit usw. S. 82.
[244]) S. 465, vergl. auch Veröffl. 3, S. 49.
[245]) System der öff.-subjekt. Rechte, S. 97.
[246]) Reichsverf., S. 299 f.
[247]) Grundrechte u. Grundpfl., S. 15.
[248]) Verf. R., S. 53.
[249]) von Leibholz, Arch. f. öffl. R., NF. 12, S. 18; Stier-Somlo, „Art. 109", S. 200.

ist. Wenn man zu der Auffassung kommt, daß Art. 109/I sich überhaupt an den Gesetzgeber wende — und zu dieser Auffassung bekennen sich die genannten Schriftsteller doch — dann muß man dem Satz, den Thoma'schen Auslegungsregeln folgend, im Zweifel die weitgehendste juristische Bedeutung zulegen. Will man das nicht, so muß mindestens ausführlich bewiesen werden, warum gerade die schwächste Form des Befehls im Art. 109/I liegen soll. Daß Art. 119/I ohne spezielle Ausführungsgesetze nicht brauchbar ist, ist zuzugeben. Mit welchem Recht Art. 109/I aber dem Art. 119/I gleichgestellt wird, ist ganz unklar.

Eine Stufe weiter geht eine andere Ansicht, die von Nawiasky[250]) und v. Hippel[251]) hauptsächlich vertreten wird. Sie geht dahin, daß Art. 109/I das unmittelbar wirkende Verbot jeder Klassengesetzgebung enthalte. Diese Auffassung beruht auf einer grundsätzlichen Unterscheidung von persönlicher und sachlicher Gleichheit und gelangt zu dem Schluß, daß nur hinsichtlich der persönlichen Gleichheit der Gesetzgeber gebunden sei. Nawiasky formuliert: „Nach Art. 109/I darf kein Gesetz erlassen werden, das in absehbarer Weise eine Unterscheidung der Einzelnen nach ihrer Zugehörigkeit zu bestimmten sozialen Gruppen bewirken würde."

Zur Begründung wird angeführt, eine sachliche Gleichheit sei in der Reichsverfassung niemals beabsichtigt gewesen, gegen diese Entstehungsgeschichte könne aber nicht ausgelegt werden[252]). Aus der Betrachtung aller Verfassungsbestimmungen im Zusammenhang, wie sie oben erwähnt wurde[253]), gewinnt Nawiasky das Ergebnis, daß in allen Fällen nur persönliche, ganz selten sachliche Gleichheit gewollt sei, daher sei auch die von ihm beabsichtigte, auf Rechtsanalogie gestützte Anwendung des Art. 109/I auf das ganze Verfassungsrecht nur auf dem Gebiet der persönlichen Gleichheit zulässig. Die Entscheidung, ob eine persönliche Ungleichheit in einem Gesetz zu erblicken sei oder nicht, sei aber leicht zu fällen, es müsse nur geprüft werden, ob eine sichtbare Unterscheidung nach „sozialen Gruppen" in einem Gesetz erkennbar sei. An diesem Maßstab sei alles fest und sicher bestimmbar, ausgenommen der Ausdruck „soziale Gruppen"; hier müsse das persönliche Urteil eingreifen, aber das stelle keine zu hohe Anforderung an den Urteilenden, denn auch im § 130 St. G. B. müsse der Richter frei beurteilen, was eine „Klasse" sei, ohne daß sich bisher in dieser Hinsicht

---

[250]) Veröffl. 3, S. 40.

[251]) Arch. f. öffl. R., NF. 10, S. 131.

[252]) So v. Hippel a. a. O.

[253]) S. o., S. 18.

Mißstände je ergeben hätten. Daher wird dieser Maßstab als „blendend einfach“[254]) empfohlen, denn alle Werturteile, die man bei der Bestimmung der sachlichen Gleichheit fällen müsse, werden vermieden, ebenso jedes Abirren in das „Naturrecht“. Den gleichen Standpunkt nehmen Nawiasky[255]) und v. Hippel[256]) auch an anderer Stelle ein; ihnen schließen sich offenbar Bredt[257]) und v. Jagemann[258]) an.

Zur Kritik der Nawiasky-v. Hippelschen Auffassung ist folgendes zu sagen: Die Scheidung von persönlicher und sachlicher Gleichheit ist keineswegs so einfach, wie es dargestellt wird. Vor allem sind beide Arten der Gleichheit nicht von einander zu trennen. Ganz sicher hat „jedes sachliche Verhältnis auch seine persönliche Seite“[259]). In der Hauptsache ist immer ein sachlicher Tatbestand in der Reichsverfassung gemeint[260]), demgegenüber nach Triepel die persönliche Gleichheit lediglich als eine Ausstrahlung des Gleichheitsgedankens erscheint. Außerdem gibt es viele Gesetze, die einzelne Personengruppen ganz mit Recht schlechter behandeln, und die erst ungültig werden, wenn sie sachlich ungleich sind[261]). Auch scheinen die in Nawiaskys Definitionen gebrauchten Ausdrücke: „soziale Gruppen“, „in absehbarer Weise“, „Rechtsanalogie“ genau so unbestimmt wie der „vernünftige Grund“ und die „Willkür“, mit denen Triepel arbeitet. Mit der Scheidung in persönliche und sachliche Gleichheit ist nichts gewonnen; die Frage wird vielmehr noch unklarer, da sich persönliche und sachliche Gleichheit durchaus nicht ausschließen.

Eine ähnliche Auffassung wie Nawiasky-v. Hippel vertrat schon früher Stammler[262]) und neuerdings steht Schmitt[263]) auf einem ähnlichen Standpunkt. Schmitt führt aus, Art. 109/I sei die Grundlage des Rechtsstaates, er erhalte die Teilung der Gewalten. Ein Individualgesetz, das einen Einzelnen treffen wolle, sei eine Maßnahme. Da aber Gleichheit vor einer Maßnahme undenkbar sei — schon mangels eines Vergleichsobjekts —, so sei ein solches Gesetz ein Eingriff in das Gebiet der Verwaltung und Rechtsprechung und somit verboten. Gesetz könne

---

[254]) Nawiasky, a. a. O.
[255]) Bayrisches Verf.R., S. 261.
[256]) Veröffl. 3, S. 43 f.
[257]) Geist d. Reichsverf., S. 240.
[258]) D. J. Z. 1924, Sp. 428.
[259]) Triepel, Veröff. 3, S. 50.
[260]) Triepel führt a. a. O. die Versammlungsfreiheit als Beispiel an.
[261]) Leibholz, Arch. f. öffl. R., NF. 12, S. 15; ähnlich Stier-Somlo, „Art. 109“, S. 196; Rümelin, Gleichheit, S. 62 f.
[262]) Vor allem „Privilegien u. Vorrechte“, S. 223 ff., ebenso Rechtsphil. S. 310.
[263]) Unabhängigkeit d. Richter usw., S. 22 f., u. Verf.-Lehre, S. 154 f.

überhaupt nur eine generelle Norm sein, daher seien Maßnahmen und Spezialbefehle niemals Gesetze. Art. 109/I verbiete Ausnahmegesetze im weiteren (Klassengesetze) und engeren (Individualgesetze) Sinne. Dieses Verbot aber wirke, da Art. 109/I das Rechtsprinzip verkörpere, das der Rechtsordnung immanent sei, auch gegenüber verfassungsändernden Gesetzen[264]). Zur Kritik dieser Auffassung ist zu sagen, daß das Herausgreifen der Klassengesetze ebenso willkürlich erscheint, wie die Forderung persönlicher Rechtsgleichheit von Nawiasky. Andererseits muß zu der Ansicht Schmitts die Einschränkung gemacht werden, daß durch Gesetz eine einzelne Maßnahme z. B. dann angeordnet werden kann, wenn aus außerjuristischen Gründen einer Einzelperson eine besonders ausgezeichnete Rechtsstellung verliehen werden soll, etwa lebenslängliche Steuerfreiheit für einen um den Staat verdienten Mann[265]). Die Steuerbehörde kann solche Vergünstigung ohne gesetzliche Ermächtigung nicht gewähren; ein Gesetz dieses Inhalts würde man aber kaum als Ungleichheit empfinden. Ungleich wäre dagegen ein Einzelgesetz, das einen Einzelnen besonders bestrafen würde.

Rümelin[266]) vertritt gleichfalls eine Ansicht, die der Nawiasky - v. Hippels ähnelt, er bringt jedoch noch den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit[267]) zur Abgrenzung hinzu, wenn er sagt, nur solche Gleichheit könne gefordert werden, die mit dem Wohle der Allgemeinheit verträglich sei; zu dem Grundsatz „fiat iustitia et pereat res publica“[268]) könne sich gerade die Verfassung, die auf Ordnung der Gemeinschaft bedacht sei, nicht bekennen. So sei der Gleichheitssatz nur ein Versprechen möglichster Innehaltung der Rechtsgleichheit bei der Gesetzgebung. Rümelin will ein Gesetz nur dann für ungültig erklären, wenn es gegen eine ausdrücklich betonte Gleichsetzung einer Verfassungsbestimmung verstößt[269]), oder wenn es den Rahmen der Blankettgewalt[270]) überschreitet. Die Blankettgewalt stellt, wie oben dargelegt, die Begrenzung der Vollmacht dar, die von der Wählerschaft einem Parlament zur Rechtsetzung erteilt wird. Um aber mit Sicherheit eine Vollmachtsüberschreitung feststellen zu können, muß die Ungleichheit des Gesetzes nach allgemeinem Empfinden ungeheuerlich sein. Das ist etwa der Fall, wenn der Reichstag mit verfassungändernder Mehrheit beschließen würde,

---

[264]) Ähnlich i. franz. Staatsr.: Duguit, droit constitutionnel, Bd. I, S. 156.
[265]) Rümelin, Gleichheit S. 66.
[266]) a. a. O. S. 59 ff.
[267]) Ähnlich Poetzsch-Heffter, Komm. S. 399.
[268]) Rümelin, a. a. O. S. 52.
[269]) Radbruch, Rechtsphl. S. 57
[270]) Vergl. b. Rümelin, Gleichheit S. 78.

eine Volksschicht zu enteignen und ihr Vermögen unter die Abgeordneten zu verteilen[271]). Dieses „Gesetz" wäre deshalb kein Gesetz, weil es die Blankettvollmacht überschreitet.

Schon das gegebene Beispiel zeigt, daß es sich bei der Formulierung der Blankettgewalt um alleräußerste Grenzen handelt, die in der Praxis kaum je überschritten werden dürften. Praktisch wird sich Rümelin daher wohl auch für eine weitgehende Freiheit des Gesetzgebers aussprechen. Wird aber einmal die Grenze der Vollmacht überschritten, so greift, wie oben ausgeführt, das überpositivistische Institut des Rechtsempfindens der Gemeinschaft ein mit dem Ergebnis, daß auch verfassungändernde Gesetze ungültig sind. Das ist eine Folgerung, die im letzten, äußersten Falle — und nur um diesen handelt es sich hier — auch Thoma trotz seiner grundsätzlich anderen Einstellung für berechtigt erklärt[272]).

Die Auslegung des Gleichheitssatzes, die Kaufmann auf der Staatsrechtslehrertagung in Münster gab[273]), steht bei dem Versuch methodischer Gliederung zwischen den bisher geschilderten Auffassungen und der Ansicht Triepels und seiner Anhänger. Sie gehört aber sachlich zur letztgenannten Gruppe, weil sie zu sehr ähnlichen Ergebnissen kommt, wenngleich sie dem Gesetzgeber eine — allerdings sehr kleine — eigene Sphäre zuweist, in der er auch ungleich handeln darf. Es erscheint daher richtig, Kaufmanns Auffassung unmittelbar vor der Triepels zu schildern.

Kaufmann[274]) führt den folgenden Gedanken aus: Da es ein abstrakt Allgemeines nicht gibt, fragt der Gleichheitssatz nur danach, ob die gesetzlich verschiedene Behandlung der Tatbestände berechtigt ist oder nicht. Berechtigt ist eine Unterscheidung, die nicht ungerecht ist. Der Gesetzgeber soll eine Ordnung schaffen, die inhaltlich gerecht ist. Was aber nun gerecht ist, „läßt sich nicht definieren, definieren läßt sich nur, was Gegenstand mittelbarer Erkenntnis ist. Das unmittelbar Erkannte aber ist als solches undefinierbar. Auch das Gute und Schöne ist nicht zu definieren, weil es uns unmittelbar gewiß wird"[275]). Kaufmann stellt dann darauf ab, daß diese Erkenntnis des Gerechten mittels des Gewissens möglich sei und daß daher die Erziehung eines Richterstandes so zu leiten sei, daß ihm durch Bildung und Formung der Gesamtpersönlichkeit an den objektiven Werten Teil gegeben werde. Nur die Lauterkeit der Gesamtpersönlichkeit ermögliche eine Erkenntnis des Ob-

[271]) S. o., S. 43.
[272]) D. jur. Bedeut. d. Grundr. i. Allg., S. 14.
[273]) Veröff. 3, S. 2 ff.
[274]) a. a. O. S. 9 ff.
[275]) a. a. O. S. 11.

jektiven und ein Urteil darüber, ob etwas gerecht ist oder ungerecht. So kommt Kaufmann zu dem Ergebnis: „Wer reinen Herzens ist, ist gerecht als Handelnder und als Richtender und nur er“[276]).

So wie nur durch die Erziehung lauterer Persönlichkeiten die Erkenntnis des Gerechten möglich ist, so ist nur unter Zuhilfenahme verschiedener Gerechtigkeitsprinzipien eine Annäherung an das absolut Gerechte möglich. Die Gerechtigkeitsprinzipien, die teilweise schon von Aristoteles herrühren[277]), sind in ihrem Inhalt leicht zu erkennen. Schwer ist die Frage zu entscheiden, welches Prinzip jeweils anzuwenden ist[278]). Die Auswahl und Anwendung des richtigen Prinzips ist aber allein Sache des Gesetzgebers, er ist darin frei und im Sinne des Art. 109/I nur seinem Gewissen verantwortlich. Bei der Findung des richtigen Prinzips helfen schließlich noch die objektiven Institute[279]) der sittlichen Weltordnung, deren jedes sein spezifisches Telos hat. Diese Institute, z. B. das Wesen der Ehe, der Begriff eines ordentlichen Kaufmanns u. a. m. sind als Formen da. Diese Formen erfüllt aber jede Generation — damit knüpft Kaufmann an Stammler an — mit ihrem Wertinhalt, um sich so ein eigenes „Kultursystem von individueller Werthaftigkeit“[280]) zu schaffen.

Ein solches objektives Institut ist die Gerechtigkeit und mit ihr die Gleichheit. Beide Begriffe bestanden vor dem Gesetzgeber und stehen über den Normen des Staates. Aufgabe des Gesetzgebers ist es erstens, grundlegend zu entscheiden, welches Gerechtigkeitsprinzip Anwendung finden soll. Diese Entscheidung unterliegt dem freien Entschluß des Gesetzgebers. Will er die iustitia distributiva z. B. bei der Aufwertungsgesetzgebung anwenden[281]), dann ist jedermann daran gebunden. Zweitens ist es Aufgabe des Gesetzgebers, noch „rechtstechnische Formen und Normen“ zu schaffen, die für den Rechtsverkehr nötig sind (z. B. Testamentsformen, Grundbuchvorschriften). Auch in der Bestimmung dieser Dinge ist der Gesetzgeber frei.

Alles, was dazwischen liegt, ist genau so Aufgabe des Richters wie des Gesetzgebers, und kein Richter darf in diesem Rahmen einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz zulassen. Ist einmal ein Gerechtigkeitsprinzip gewählt, so muß auch die Gesetz-

---

[276]) a. a. O. S. 12.

[277]) gen. werden a. a. O. S. 14 die iustitia commutativa, iustitia distributiva und iustitia vindicativa.

[278]) Als Beispiel wird der Versailler Vertr. gen., der auf d. Prinzip der iustitia vindicativa beruhe u. im Sinne d. Prinzips gerecht sei, während die Wahl gerade dies. Prinzips eine Ungerechtigkeit darstelle.

[279]) a. a. O. S. 15.

[280]) a. a. O. S. 16.

[281]) a. a. O. S. 21.

gebung innerhalb dieses Prinzips gerecht sein. Ob sie dies ist, das richtet sich aber wieder nach der Beurteilung durch den Richter. So schließt Kaufmann mit der Forderung nach sorgfältiger charakterlicher Heranbildung des richterlichen Nachwuchses. Im Ergebnis kommt diese Lehre den Ansichten nahe, die einer der Begründer der Freirechtsschule, Kantorowicz, schon 1906 vertrat[282]).

Zur Kritik dieser Ansicht muß gesagt werden, daß das Vertrauen auf den Persönlichkeitswert, auf dem die Lehre wesentlich beruht, nicht geeignet ist, objektive Normen zu ersetzen. Wenn man einmal darauf ausgeht, den Inhalt der Gleichheit zu bestimmen, dann muß man wenigstens annähernd objektive Gesichtspunkte gewinnen können. Kommt man aber mit Kaufmann zu dem Schluß, daß eine objektive Bestimmung des Gleichheitsbegriffs unmöglich sei und nur das Gewissen des Urteilenden das objektiv Gleiche — gewissermaßen intuitiv — finden könne, dann muß man erkennen, daß diese Garantie nicht genügend ist, um eine sichere Ermittlung des Gleichheitsbegriffs zu gewährleisten. Es ist nicht möglich, sich darauf zu berufen, daß Gerechtigkeit ebenso wie Gut und Böse einer mittelbaren Erkenntnis verschlossen sei. Es ist Aufgabe jedes Erkennens, eine möglichst geringe Zahl von Prinzipien zu finden, die nicht weiter erklärungsfähig sind[283]). Es ist gerade das Wesen der Wissenschaft, sich nicht mit stets etwas unsicheren Erkenntnissen wie Gut und Böse zu begnügen, sondern an ihre Stelle Begriffe zu setzen. Begriffe unterscheiden sich von Erkenntnissen durch die Möglichkeit objektiver Identifizierung[284]). Ist nun ein Prinzip, wie das der Gerechtigkeit, restlos begrifflich nicht zu identifizieren, so ergibt sich nichtsdestoweniger die Forderung, es wenigstens im Wege der Definition auf ein Minimum zu beschränken, das dann unmittelbarer Erkenntnis überlassen werden kann, weil die möglichen Folgen eines „Verkennens" bei einem Minimum ungefährlicher sind, als bei großen Grundprinzipien wie dem der Gerechtigkeit schlechthin. Richtig ist an der Lehre Kaufmanns vor allem, daß jeder Maßstab, der gefunden werden kann, nie restlos sicher und einfach zu handhaben sein wird, da er stets mindestens ein Gefühl für das Rechtsempfinden der Allgemeinheit voraussetzt. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Forderung einer lauteren Persönlichkeit für Richter und Gesetzgeber zu betonen, denn sittlicher Ernst zeigt bei so verantwortungsvoller Entscheidung den richtigen Weg. Aber allein auf die Lauterkeit der Persönlichkeit kann

---

[282]) Gnaeus Flavius, der Kampf um d. Rechtswissensch.

[283]) Vergl. dazu Schlick, Erkenntnislehre, S. 11.

[284]) Schlick, a. a. O. S. 17.

nicht abgestellt werden. Rümelin[285]) weist darauf hin, daß jeder Richter die Entscheidung aus dem Rechtsbewußtsein als notwendiges Übel empfinde, und zwar umsomehr, je einsichtiger und je gewissenhafter er ist. „Nur der Selbstgerechte und der naive Draufgänger wird skrupellos seinen Weg gehen“[285]). Ebenso fordert Manigk[286]), daß — wenn schon eine unmittelbare Entscheidung durch das Gesetz nicht gegeben werden könne — wenigstens eine möglichst weite Strecke objektive Maßstäbe anzulegen seien. Ehe solche letzte große Verantwortung dem Richter zugeschoben wird, muß wenigstens versucht werden, den Begriff der Gleichheit noch objektiver zu bestimmen, denn die Anrufung des Gewissens ist der letzte Ausweg, der zwar, wenn es sein muß, nicht gescheut wird, der aber auch nicht beschritten werden darf, ehe nicht die anderen Mittel alle erschöpft sind.

Den Versuch weiterer Objektivierung unternahm schon Triepel, als er die Streitfrage um den Gleichheitssatz 1924[287]) aufrollte. Er sagt: „Gleichheit bedeutet: Gleiche Behandlung von Tatbeständen, die in bestimmtem Zusammenhang gleichbehandelt zu werden verdienen. Was aber gleichbehandelt zu werden verdient, das ergibt sich erstens aus den geltenden Anschauungen und anderen Verfassungsbestimmungen und zweitens aus den immanenten Prinzipien der Rechtsordnung. Gleich ist alles zu behandeln, was ungleich zu behandeln Willkür wäre, d. h. auf dem Mangel ernstlicher Erwägung beruht. Der Rechtsgleichheitssatz ist dann verletzt, wenn sich kein vernünftiger Grund für die Unterscheidung geltend machen läßt“[288]). Es ist also jedesmal zu fragen, ob die Begründung, die für eine verschiedenartige Behandlung gegeben wird, in einem sachlichen Zusammenhang zu dem geregelten Verhältnis steht[289]). Ob ein solcher Zusammenhang vorliegt — so fügt W. Jellinek[290]) ergänzend bei —, das ist nicht allzuschwer festzustellen, denn das preußische O.V.G. hat dafür einwandfreie Richtlinien aufgestellt, wenn es eine Verfügung aufhebt, die sich als allgemeiner Grundsatz nicht aufrecht erhalten läßt[291]).

Die Ansichten Triepels und Jellineks wurden durch die sehr umfassenden Schriften von Leibholz und Aldag weiter ausgeführt und — besonders unter Heranziehung des Schweizer

---

[285]) Gleichheit S. 77.
[286]) Freirechtsschule u. Formalismus, H. d. R. II, S. 490.
[287]) Goldbilanz VO. S. 28 ff.
[288]) a. a. O. S. 30.
[289]) Veröffl. 3, S. 50.
[290]) a. a. O. S. 60.
[291]) Vergl. auch Jellinek, Verw. R., S. 156.

Rechts — begründet. Hier können diese Ausführungen nur mit kurzen Sätzen berücksichtigt werden.

Aldag[292]) vertritt den folgenden Gedankengang: Die Unterscheidung von formeller und materieller Gleichheit, die in der Schweiz vor allem Burckhardt macht, ist ungeeignet[293]). Burckhardt versteht unter formeller Gleichheit die Gleichheit bei der Rechtsanwendung und bei der Erteilung von Privilegien, unter materieller Gleichheit die Gleichheit der Gesetzgebung und in gewissem Grade eine ständige Rechtsprechung[294]). Diese Unterscheidung führt aber zu nichts. Die Bedeutung ist schon deshalb gering, weil die Rechtsfolgen dieselben sind. Außerdem wird dieselbe Unterscheidung auch in anderem Sinne gebraucht[295]).

Aldag prüft nunmehr die Definitionen der älteren Schweizer Schriftsteller[296]), die er alle ablehnt; die Begründungen des Schweizer Bundesgerichts weichen alle von einander ab und verweisen im letzten Grunde doch wieder auf ein richtiges Recht. Burckhardt[297]), der den Begriff der Willkür einführt, kommt schon einen Schritt weiter.

Die Gleichheit ist verletzt, wenn ein Gesetz einen willkürlichen Unterschied macht. Der Begriff der Willkür bedingte früher den Vorsatz, diese Bedeutung hat sich jetzt aber verloren, es kommt lediglich auf den Erfolg an. Willkür liegt vor, wenn „ein klares Recht so offenkundig verletzt ist, daß sich die Vermutung aufdrängt, der Gesetzgeber habe sich von anderen als sachlichen Erwägungen leiten lassen“[298]). Daher fordert das Bundesgericht auch bald nur, daß eine Unterscheidung sich „in guten Treuen“ vertreten lasse. In alledem aber liegt keine genügende Bestimmung der Rechtsgleichheit, daher verzichten die neueren Schweizer Schriftsteller auf eine Formulierung, sie begnügen sich damit, daß das Bundesgericht die Feststellungen jeweils nach freiem Ermessen trifft. Das Bundesgericht seinerseits aber, zu dem alles sich drängt, in dem begreiflichen Bestreben, durch den Verstoß einer Norm gegen Art. 4 der Bundesverfassung noch eine Instanz zu gewinnen, begnügt sich damit, die gröbsten Fehler zu verbessern, und prüft daher nur nach, ob eine Entscheidung willkürlich begründet ist, nicht aber, ob sie

---

[292]) Gleichheit, S. 20 ff.

[293]) So auch Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 284.

[294]) Burckhardt, Schweizer Bundesstaatsrecht: „Formell rechtsungleich ist, was sich nicht konstruieren, materiell, was sich nicht begründen läßt.“

[295]) Z. B. Hatscheck, Staatsrecht I, S. 195: Formelle Ungleichheit = ungleiche Rechtsanwendung, materielle Ungleichheit = ungleiche Rechtssetzung.

[296]) Rüttimann, Curti, Silbernagel, Zetter.

[297]) Schweizer Bundesstaatsrecht, S. 69.

[298]) Bundesgerichtsentsch. 3, S. 134.

sachlich richtig ist. Der Gleichheitsbegriff der Schweiz wächst an, so gehört auch die Rechtsverweigerung zur Rechtsungleichheit. In Deutschland darf eine solche Ausdehnung nicht in Frage kommen. Im Gegensatz zur Schweiz ist daran festzuhalten, daß nur die Fälle bei der Prüfung von Gesetzen auf ihre Rechtsgleichheit gemeint sind, die eine ungleiche Behandlung der Betroffenen vornehmen und daher als Rechtsverletzung erscheinen.

Aldag[299]) kommt schließlich zu dem Ergebnis, daß eine knappe Formel für den Gleichheitssatz nicht zu finden ist. Der Willkürbegriff versagt vollkommen; die Entscheidung kann sich daher nur auf die allgemeinen Rechtsanschauungen stützen, wesentlich auf die Idee der Gerechtigkeit. So kommt Aldag auch zu Triepels Formulierung, daß die Entscheidung letzten Endes aus den „unwandelbaren Prinzipien der Rechtsordnung selbst“[300]) folge, diese ungeschriebenen Rechtssätze zu finden sei Aufgabe des Richters.

Zusammengefaßt sagt Aldags Anschauung[301]): „Gleiche Tatbestände müssen gleich behandelt werden. Die Gleichheit der Tatbestände ist schon dann anzunehmen, wenn in den tatsächlichen Verhältnissen kein Merkmal enthalten ist, welches erheblich genug erscheint, um eine abweichende Regelung zu begründen.“ Wann das der Fall ist, das ergibt sich aus den Verfassungssätzen und den ungeschriebenen Volksansichten, im Letzten aus der Gerechtigkeitsidee.

Leibholz[302]) geht in seiner Untersuchung fast den gleichen Weg. Nachdem er ebenfalls die Scheidung von formeller und materieller Gleichheit geprüft und verworfen hat, geht er sehr ausführlich auf die Rechtsidee und den Begriff des Rechts ein. Da ein allgemein gültiger Inhalt des Rechtsbegriffs der Gleichheit nicht möglich ist — will man anders nicht ins Naturrecht zurückkehren —, so bleibt nur die Möglichkeit, unter Verzicht auf eine generelle Bestimmung den Begriff auf die zeitlichen, örtlichen und nationalen Verhältnisse zuzuschneiden. Auch diese Bestimmung stößt auf die Schwierigkeit, daß der Gerechtigkeitsbegriff in steter Entwicklung begriffen ist. So ist die Bestimmung nur für einen bestimmten Augenblick jeweils möglich: die Rechtsidee besteht nur noch in konkretisierter Form als Rechtsideal[303]). Wenn nun der Gleichheitssatz das Verbot willkürlicher Normensetzung enthält, so bindet er die Verfassung an dieses Rechtsideal.

---

[299]) a. a. O. S. 38.
[300]) Triepel, Goldbilanz VO., S. 30.
[301]) Gleichheit S. 51.
[302]) Gleichheit S. 55 ff.
[303]) Gleichheit S. 59.

Der Willkürbegriff ist ebenfalls wandelbar, aber doch nicht mehr als etwa „Treu und Glauben" und ähnliche Begriffe. Zu scheiden ist die Willkür von dem unrichtigen Recht; der Art. 109/I enthält ein Verbot der Willkür, d. h. noch nicht ein Verbot unrichtigen Rechts. Es ist also falsch zu sagen, daß der Richter gegebenenfalls ein Gesetz nicht anwenden könne, wenn es ihm ungerecht vorkomme. Diese Wendung darf der neuen Auffassung nicht unterstellt werden. Der Unterschied zwischen „willkürlichem" und „unrichtigem" Recht beruht darin, daß für das „willkürliche" Recht nur ein „unvernünftiger" Grund angeführt werden kann, während unrichtiges Recht unter Umständen mit dem sehr vernünftigen Grunde der Rechtssicherheit oder der Staatsnotwehr verteidigt werden kann. Ob ein Grund unvernünftig ist oder nicht, das läßt sich wieder nur so bestimmen, wie man bestimmt, ob eine Handlungsweise gegen die „guten Sitten" verstößt, d. h. heute anders als vielleicht morgen.

Leibholz gelangt zu der Definition[304]): „Gleichheit vor dem Gesetz ist die nach dem jeweiligen Rechtsempfinden nicht willkürliche Handhabung des an die Adresse von Rechtssubjekten gerichteten Rechts durch den Gesetzgeber und die Vollziehung (Justiz und Verwaltung)." Eine bestimmtere Definition glaubt Leibholz nicht geben zu können, denn jede Formalisierung des Willkürbegriffs sei ein Gewaltakt. „Die Rechtsidee ist in ihrer Unendlichkeit nicht in beständige Sätze zu pressen, entscheidend muß bleiben, daß eine Regelung offensichtlich mit den Erfordernissen der Gerechtigkeit unvereinbar bleibt"[305]).

Der sehr ausführlichen Begründung von Leibholz schließen sich die anderen Schriftsteller meist an[306]). Die Praxis verhält sich vorläufig mindestens abwartend. Während das bayrische Ob. L. G. in seinem Urteil vom 20. 3. 1926[307]) erklärt, Art. 109/I stelle lediglich einen „allgemeinen Programmsatz" dar, ohne zu sagen, was es unter einem Programmsatz verstehen will und welche Folgerungen daraus gezogen werden müssen, vermied das Reichsgericht eine genaue Stellungnahme bisher. Die vielgenannten Urteile vom 4. 11. 1925[308]) und 29. 1. 1926[309]) erklären ausdrücklich, die Frage bedürfe in diesem Falle keine Entscheidung, da auch unter Zugrundelegung der neuen Lehre eine willkürliche Unterscheidung nicht vorliege. Dieselbe Taktik

[304]) a. a. O. S. 87.

[305]) Leibholz, Arch. f. öff. R., NF. 12, S. 3 ff.

[306]) Stier-Somlo, „Art. 109", S. 196; Bühler, Steuerrecht, Bd. I, S. 28; Fleiner, Institutionen, S. 134; Menzel, Ausnahmegericht usw., S. 87; Nelson, System usw., S. 204 f.; Gmelin, Einführung i. d. R.V.-Recht, S. 49.

[307]) D. J. Z. 31, Spalte 903.

[308]) R. G. Z. E. 111, S. 320, und D. J. Z. 30, Sp. 1805.

[309]) R. G. Z., E. 113, S. 2, und D. J. Z. 31, Sp. 673.

verfolgt das preußische O. V. G.[310]). Mag man aus den Begründungen dieser Gerichte schon eine gewisse Sympathie für die neue Lehre herauslesen, so wird die Stellung des Reichsgerichts deutlich ausgesprochen in dem Schiedsspruch, den der VI. Zivilsenat am 30. 11. 1929 zwischen einigen Standesherren und dem preußischen Staat fällte[311]). Der Senat erklärte den § 2 des Rentensperrgesetzes vom 6. 7. 1929 für ungültig, d. h. er weigerte sich, ihn anzuwenden, und führte dabei wörtlich aus: „Das Gesetz ist insoweit, als es die Rechtsverfolgung vor Schiedsgerichten sperrt, ausschließlich gerade auf die beiden hier in Frage kommenden Gläubiger, also auf zwei Einzelfälle berechnet. Dieses Verfahren ist mit den Vorschriften des Art. 105/II und auch des Art. 109/I RV. nicht in Einklang zu bringen." —Damit dürfte die Stellungnahme des Reichsgerichts festliegen, wenngleich es sich nur um einen Schiedsspruch und kein Urteil handelt[312]). Daß die Organe der Gesetzgebung sich teilweise gleichfalls durch den Art. 109/I gebunden fühlen, beweist ein Einspruch gegen ein vom Reichstag angenommenes Gesetz, den der Reichsrat damit begründete, daß das Gesetz eine „nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung an sich gleicher Tatbestände darstelle"[313]).

Zu den Begründungen Triepels, Aldags und Leibholz' ist zunächst zu sagen, daß sie grundlegend von dem Ergebnis abweichen, das Kaufmann erzielt. Freilich gelangen sie alle zu nicht mehr fest bestimmbaren Begriffen und sind alle darauf angewiesen, das Rechtsempfinden des Beurteilenden zu Hilfe zu rufen. Dabei ist aber zu beachten, daß Kaufmann vom Rechtsempfinden des Richters allein entscheiden lassen will, was gerecht und was ungerecht ist, die anderen Schriftsteller aber entwickeln die Begriffe bis an die äußerste Grenze weiter und überlassen dem Rechtsgefühl nicht mehr eine so bedeutende Frage, sondern die sehr viel schlichtere Entscheidung, ob eine Begründung, die zu einem Gesetz, das eine äußere Rechtsungleichheit einführt, gegeben wird, unvernünftig ist oder nicht. Eine solche Entscheidung ist keine Zumutung, denn die Praxis der Zivil-, der Straf- und der Verwaltungsgerichte muß täglich über so unbestimmte, aber eindeutig verständliche Begriffe entscheiden. Man denke nur an den Begriff „der guten Sitten" im Sinne des B. G. B., der „Klasse" im Sinne des § 130 St. G. B. oder des „Störers" im Sinne des Polizeirechts. Es gibt keinen Grund dafür, daß in allen diesen Fällen der Richter eindeutig feststellen

---

[310]) Preuß. O.V.G. E. 80, S. 42 (Urt. v. 16. 2. 26).
[311]) R. G. Z. E. 126, S. 161.
[312]) Die Stellungnahme Hensels, Grundrechte u. Rechtsp., S. 23, ist also bereits überholt.
[313]) Protokoll vom 17. 5. 1927, § 337.

kann, was unter diese Begriffe fällt, und was nicht, daß aber hier bei dem „vernünftigen" Grund eine solche Bestimmung auf einmal unmöglich sein soll. Wenn die erwähnten dehnbaren Begriffe, die alle überpositiven Ursprungs sind, durch die Gesetze in das positive Recht recipiert werden konnten, um die Rechtsordnung elastisch den Änderungen der Anschauungen anzupassen, so ist ebenso zu folgern, daß der Begriff der relativen Gleichheit ein dehnbarer Begriff des positiven Rechts ist, der nach den jeweiligen Anschauungen auszulegen ist. Die dem Richter gestellte Aufgabe ist in dem einen Falle nicht größer, als in dem anderen. Der Ansicht Triepels, so wie sie von Aldag und Leibholz entwickelt wird, ist also zuzustimmen. Bevor aber dieser Entschluß näher begründet wird, muß noch kurz auf die Ansicht Smends[314]) eingegangen werden, der allen anderen Schriftstellern gegenüber einen Sonderstandpunkt einnimmt.

Smend sieht wie alle Verfassungsbestimmungen so auch die Grundrechte rein unter dem Gesichtspunkt des Verfassungsrechts. So verwahrt er sich dagegen, daß die Grundrechte nur als spezielles Verwaltungsrecht angesehen werden, ohne in erster Linie als Normierung eines Güter- und Kultursystems gewertet zu werden. Mit den anderen Grundrechten ist auch der Art. 109/I Integrationssatz und erst in zweiter Linie Auslegungsregel für das spezielle Recht. Als Integrationssatz aber hat er schon die Bedeutung einer Bindung für alle, also auch für den Gesetzgeber.

Diese Auffassung gliedert sich der eben entwickelten am ersten ein, wenn man berücksichtigt, daß auch die eben angeführten Schriftsteller auf dem Standpunkt stehen, Art. 109/I sei die verfassungsrechtliche Konkretisierung eines allgemeinen Rechtsempfindens seiner Schöpfer und in dieser Eigenschaft Richtschnur für jede Rechtsbetätigung des durch die Verfassung geordneten Staates.

Die von Leibholz gegebene Bestimmung des Gleichheitsbegriffs erscheint richtig. Zu ihrer Begründung sind die folgenden Gesichtspunkte aufzustellen:

Das Gebot der Gleichheit ist das Gebot einer relativen Gleichheit. Diese Gleichheit ist nicht schon dadurch verletzt, daß aus berechtigtem Grunde zwei gleiche Tatbestände ungleich behandelt werden. Ein vernünftiger Grund rechtfertigt die Ungleichheit dergestalt, daß sie — wie oben ausgeführt — nicht mehr ein Verstoß gegen die Gleichheit des Art. 109/I ist. Es ist daher falsch, zu sagen, ein vernünftiger Grund entbinde von der Beachtung des Gleichheitssatzes.

---

[314]) Verf. u. Verfassungsr. S. 161 ff. eine ähnliche Anschauung scheint Herrfahrdt, Reich u. Länder III, S. 270, vertreten zu wollen.

Als „vernünftig" hat ein Grund dann zu gelten, wenn er vom Rechtsempfinden der Gemeinschaft als sachlich berechtigt empfunden wird. Diese Definition ruft das Rechtsempfinden der Zeitgenossen zu Hilfe, so wie dies in allen Fällen zu geschehen pflegt, in denen das Gesetz sich mit wandelbaren, der Verkehrsanschauung unterliegenden Bewertungen befassen muß. Eine Maßnahme des Gesetzgebers ist m. E. dann sachlich berechtigt, wenn eine Polizeiverfügung im Rahmen des freien Ermessens aus dem gleichen Anlaß sachlich berechtigt wäre. Damit geht die Begriffsbestimmung auf das Gebiet des reinen Polizeirechts über, und es ist nunmehr möglich, die ausgezeichnete Abgrenzung des Ermessensmißbrauchs, die das preußische O. V. G. in ständiger Rechtsprechung gegeben hat, zur Bestimmung des Gleichheitsbegriffs heranzuziehen, denn es läßt sich jetzt sagen, daß der Art. 109/I dem Gesetzgeber die positiven Schranken seines Ermessens so vorzeichnet, wie etwa § 10, II., 17 A. L. R. dem preußischen Polizeibeamten die seinen.

Dazu ist auf das zurückzugreifen, was über den Charakter der Verfassung gesagt wurde. Die Behörde handhabt ihr freies Ermessen im Rahmen einer gesetzlichen Ermächtigung. Die gesetzgebende Gewalt handhabt ihre Rechtsetzungsbefugnis dementsprechend im Rahmen der durch die Verfassung gezogenen Grenzen nach pflichtmäßigem Ermessen. Das beruht auf der Stellung der Verfassung als gesetzliche Ermächtigung für den Gesetzgeber; innerhalb ihrer Grenzen kann er nach seinem Ermessen Rechtsnormen setzen. Diese Gleichung: Verfassung verhält sich zum Gesetzgeber wie Gesetz zum Verwaltungsbeamten, wird lebhaft bekämpft von denen, die der Verfassung den Charakter einer höheren Norm absprechen[315]). Demgegenüber ist aber daran festzuhalten, daß, wie oben dargelegt wurde, die Verfassung den Gesetzen gegenüber Norm höherer Ordnung ist und daß die Norm des Art. 109/I sich an den Gesetzgeber wendet.

Somit erscheint die Gleichsetzung von Willkür des Gesetzgebers und Ermessensmißbrauch des Verwaltungsbeamten berechtigt. Es bleibt noch die Frage zu klären, wie weit mit beiden Begriffen in verschiedener Weise etwa die Motive des Handelnden berücksichtigt werden. Der Willkürbegriff enthält in seinem Wortsinn unmittelbar eine Berücksichtigung des auf Rechtsmißachtung gerichteten Willens, aber schon die Praxis des Schweizer Bundesgerichts kam zu dem Ergebnis, daß bei der Beurteilung, ob ein Gesetz willkürliche Unterscheidungen mache oder nicht, lediglich der objektive Erfolg entscheidend sein könne[316]). Der Begriff des Ermessensmißbrauchs wird in

---

[315]) Z. B. Anschütz, Komm. S. 348.
[316]) Vergl. oben S. 58.

der Praxis der Rechtsprechung gleichfalls heute noch mit enger Beziehung auf den Willen der handelnden Behörde gebraucht. Dieser Einschränkung wird aber mit Recht vielfach entgegengetreten[317]), und auch das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung vom 4. 11. 1925[318]) die objektive Bedeutung des Ermessens festgestellt. Vielfach werden in den Entscheidungen die Begriffe der Willkür und des Ermessensmißbrauchs nicht scharf geschieden[319]), so daß der Schluß wohl erlaubt ist, daß aus dem Begriff des Ermessens in gleicher Weise wie in der Schweizer Praxis aus dem der Willkür das subjektive Moment ausgeschaltet werden kann. Damit entfällt auch der Einwand, den Mainzer[320]) macht, wenn er vor dem Vorhandensein eines objektiven Tatbestandes die subjektive Willkür für unmöglich erklärt. Der Begriff der Willkür wird, wie dargelegt, in der Verwaltung als objektiviert betrachtet. Abgesehen davon, ist Mainzers Ausführung insofern unrichtig, als er als fertig gegebenen Tatbestand nur ein Gesetz oder Gewohnheitsrechtssatz betrachtet und somit erklärt, vor dem Vorliegen eines Tatbestandes, d. h. eines Gesetzes, sei Willkür nicht möglich, folglich könne auch bei der Rechtsetzung nicht willkürlich verfahren werden, denn „was der subjektive Wille kürt, ist Kontrastvorstellung zu dem, was ein Rechtssatz gebietet". So eindeutig ist der Begriff der Willkür keineswegs. Auch wenn ein Gesetz nicht vorliegt, kann z. B. ein Abweichen von der bisher geübten Praxis Willkür sein, sofern nicht ein Grund die Abweichung rechtfertigt, und nach der hier vertretenen Ansicht ist bei der Rechtsetzung alles Willkür, was der sittlichen Überzeugung des Rechtsetzenden zuwiderläuft.

Es darf als festgestellt gelten, daß der Gesetzgeber sich bei der Gesetzgebung ebensowenig einen Ermessensmißbrauch, eine Willkür zuschulden kommen lassen darf, wie der Verwaltungsbeamte bei einer Anordnung. Wann aber ein Ermessensmißbrauch der Behörde vorliegt, das hat das preußische O. V. G. in ständiger Rechtsprechung so fest formuliert, daß der Begriff des Ermessensmißbrauchs fast als objektiviert gelten kann[321]). Das preußische O. V. G. prüft nach, ob „eine Polizeibehörde ohne

---

[317]) Leibholz, Verbot d. Willkür usw., S. 5 f.; Scheuner, Verw. Arch. 33, S. 73 ff.

[318]) R.G.Z. E. 111, S. 329.

[319]) So vor allem R. G. Z. vom 2. 1. 1926, 113, S. 19.

[320]) Gleichheit usw. S. 49.

[321]) Definition v. W. Jellinek, Verw. R. S. 31: „Ermessen ist die vom Gesetz für maßgeblich erklärte, fehlerfrei zustande gekommene individuelle Abgrenzung eines unbestimmten Begriffs innerhalb seiner beiden äußersten Grenzen, insbesondere die individuelle Auffassung über den inneren Wert oder Unwert einer Verwirklichung."

jeglichen polizeilichen Beweggrund, d. h. aus erkennbar rechtlich unzulässigen oder tatsächlich jeden Anhalts entbehrenden Erwägungen gehandelt hat“[322]). Diese Nachprüfung muß die denkbar unbestimmtesten Begriffe unter Zuhilfenahme des Rechtsempfindens lösen, es ist durchaus nicht einzusehen, warum nicht auch bei der Feststellung des Gesetzesinhalts diese bisher ausgezeichnet bewährten Maßstäbe Anwendung finden sollen.

Noch ein Gedanke ist zu verfolgen: welche Rolle spielt gegenüber der Gleichheit die Rechtssicherheit bei der Gesetzgebung? Mit anderen Worten: wie weit rechtfertigt die Rücksicht auf das Gemeinwohl ein Abweichen vom Gleichheitssatz? Die Antwort kann nur lauten: genau in demselben Maße wie im Verwaltungsrecht. Triepel[323]) bringt das folgende Beispiel: der Staat will sparen und kürzt daher die Gehälter der oberen Beamtengruppen mit der Begründung, diese Schichten seien ihrem Bildungsgrade entsprechend in erster Linie berufen, Opfer für den Staat zu bringen und außerdem seien die Gehälter der unteren Beamten nicht mehr herabzusetzen, wolle man diese nicht verhungern lassen. Wäre diese Unterscheidung berechtigt? Rümelin[324]) bejaht diese Frage, indem er darauf hinweist, die Rechtssicherheit, die Erhaltung des Staates sei stets der vernünftige Sinn der Rechtsordnung, und daher widerspreche ein solcher Schritt, der zur Rettung des Staates unternommen werde, nicht der Verfassung. Diese Antwort ist aber unrichtig. Eine Unterscheidung — das ist mit Triepel[325]) zu verlangen — muß in sachlicher Beziehung zu den Tatbeständen stehen. Werden die Gehälter der oberen Beamten gekürzt, weil für diese Laufbahn etwa eine besondere Vorbildung nicht mehr erforderlich ist, so ist die Maßnahme gerechtfertigt. Werden die Gehälter gekürzt, weil der Staat sonst finanziell zugrundegeht, so ist und bleibt dieser Grund unsachlich. Man darf sich nicht scheuen, diese Anschauung auszusprechen, obwohl sie dem Satze „fiat iustitia et pereat mundus“ nahe kommt. Eine Gesetzgebung, die über die Idee des Rechts den Zweck der Maßnahme stellt, überschreitet die Grenze des Rechts.

Die Frage, wie praktisch dem Staat zu helfen sei, ist dahin zu beantworten, daß im äußersten Falle auch zum letzten Opfer die Bürger gleichmäßig herangezogen werden müssen, und zwar gleichmäßig im Sinne relativer Gleichheit. Dieser Gedanke hat in der allgemeinen Wehrpflicht seinen lebendigsten und zugleich ethisch höchsten Ausdruck gefunden. Geht es um

---

[322]) Preuß. O.V.G. v. 22. 4. 1915, 69, S. 407; ebenso z. B. 71, S. 333, 72, S. 294, Preuß. Verw. Bl. 17, S. 227; 29, S. 649.

[323]) Veröff. 3, S. 52 f.

[324]) Gleichheit S. 50 f.

[325]) a. a. O.

Bestand oder Untergang eines Staates, so wird der Staat in Notwehr oder Notstand auch den Gleichheitssatz mißachten. Es ist aber daran festzuhalten, daß es sich um eine Mißachtung des Prinzips handelt und daß der Ausschluß der „Rechts"widrigkeit an das Vorhandensein der Notwehr- und Notstandsvoraussetzungen streng gebunden ist.

Auch im Falle ein Gesetz der erwähnten Art mit verfassungändernder Mehrheit beschlossen worden ist, ändert sich an dem Ergebnis nichts. Wie oben dargelegt, ist ein Gesetz, das dem Rechtsempfinden nicht entspricht, eine Vollmachtsüberschreitung der Blankovollmacht. Das Wahlrecht und die verhältnismäßig kurze Wahlperiode bringen es mit sich, daß dieser Fall kaum praktisch werden wird; liegt er aber einmal vor, wie etwa in dem Beispiel Rümelins[326]), daß die verfassungändernde Mehrheit des Reichstages die Enteignung einer Volksklasse ausspricht, um deren Eigentum an die Abgeordneten zu verteilen, so ist der „Ermessensmißbrauch" klar und deutlich, und nichts spricht dafür, vor diesem „Gesetz" nur deshalb höhere Achtung zu haben, weil es den formalen Voraussetzungen des Art. 76 entspricht. Wird das Gesetz etwa durch nachfolgenden Volksentscheid bestätigt, so ist bis zum Beweise des Gegenteils anzunehmen, daß der Reichstagsbeschluß vom Rechtsempfinden der Gemeinschaft getragen wurde und somit eine Vollmachtsüberschreitung — sehr wider Erwarten — nicht darstellt.

So ist zu folgern, daß ein Gesetz, um gültig zu sein, in den Rahmen der Verfassung hineinpassen muß, es muß nach der Idee des in der Verfassung niedergelegten Rechts „ausgerichtet"[327]) sein. Man könnte die Formulierung wagen — in einer Variation des kategorischen Imperativs —, daß der Gesetzgeber jedes Gesetz so zu erlassen hat, daß ebenso wie die darin enthaltenen Rechtssätze auch die darin gemachten Unterscheidungen das Grundprinzip einer Rechtsordnung auf dem Boden der geltenden Verfassung bilden könnten. In dem Sinne, der eben entwickelt wurde, stellt sich Art. 109/I als Bewertungsnorm dar, die dem Beurteiler die Feststellung ermöglicht, ob ein Gesetz dem Rechtsstaatsgedanken entspricht oder nicht. Deshalb nennt Holstein[328]) den Kampf um Art. 109/I das „Hauptstück des Kampfes um den Rechtsstaat", wobei er den Begriff „Rechtsstaat" in dem oben dargelegten Sinn eines Staates, dem Gerechtigkeit ein Lebensprinzip ist, versteht.

Das bisher Ausgeführte ist zu der folgenden Definition des Gleichheitssatzes zusammenzufassen:

---

[326]) Gleichheit S. 78.

[327]) Vergl. Binder, Phil. d. R., S. 410 ff.

[328]) Veröffl. 3, S. 57.

Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109/I ist ein Bewertungsmaßstab, der verlangt, daß an zwei Tatbestände nur dann verschiedene Rechtsfolgen geknüpft werden, wenn diese verschiedenartige Behandlung vom Gesetzgeber im Rahmen der ihm von der Verfassung erteilten Vollmacht nach pflichtmäßigem Ermessen vertreten werden kann.

Das erscheint als eine Fassung der Gleichheit, die praktisch verwertbar ist durch ihre Angleichung an bereits bekannte Begriffe. Restlos objektive Maßstäbe lassen sich bei der Bestimmung nicht geben; daraus folgt aber nicht, daß diese Bestimmung unmöglich ist. Die Bestimmung eines Begriffs, der als notwendig erkannt ist, ist ebensowenig unmöglich, wie es in der Wissenschaft überhaupt unlösbare Probleme gibt. Gleichgültig, ob Wege zum Ziel schon sichtbar sind oder nicht, muß eine Frage, die in Wahrheit Problem ist, aufgeworfen werden und damit eine „Lösung vorausgesetzt werden“[329]).

Das Vorhandensein vieler Begriffe mit einem objektiv nie ganz bestimmbaren Inhalt beweist, daß eine Rechtsordnung mit solchen Begriffen immer noch den Anforderungen des Lebens, besonders der Rechtssicherheit genügt. Die Bestimmung und Einhaltung des Gleichheitsbegriffs ist daher in dem Augenblick möglich, in dem zu seiner Erkenntnis Begriffe eingeführt werden, die schon bisher ihre Brauchbarkeit bewiesen haben. So war der Beweis zu führen für die Berechtigung der Gleichsetzung von Willkür des Gesetzgebers und Ermessensmißbrauch des Verwaltungsbeamten. An Hand des Ergebnisses darf die Behauptung aufgestellt werden, daß die Feststellung, ob ein Gesetz dem Gleichheitssatz entspricht oder nicht, mit einer für das Rechtsleben ausreichenden Bestimmtheit möglich ist.

§ 6.

Der Rechtsschutz.

Mit der Feststellung, ob und wie weit der Gesetzgeber gebunden ist, ist die gestellte Aufgabe noch nicht erschöpft. Es bleibt noch die Frage, welche Folgen eine Mißachtung der Bindung haben soll und wer eine solche Mißachtung feststellen und damit den Eintritt der Folgen bewirken kann. Die Frage gehört sehr eng zum Thema, ja, man wird sagen dürfen, daß mit ihr erst das praktische Problem des Gleichheitssatzes aufgerollt wird. Das wird umsomehr verständlich, wenn man sieht, daß

[329]) Gerber, J. W., 1926, S. 2515.

manche Schriftsteller, wie z. B. Thoma[330]), überhaupt nur diese Folgen prüfen und dann — weil sie die Konsequenzen unhaltbar finden — rückwärts folgern, daß auch eine Bindung des Gesetzgebers nicht gegeben sei. Neuerdings hat Thoma seinen Standpunkt aber anscheinend geändert, denn er weist selbst darauf hin[331]), daß eine Lehre nicht schon deshalb abgelehnt werden dürfe, weil in der Rückverweisung auf die subjektive Willkür des Richters immer eine Ungenauigkeit liegen müsse. In vielen heiklen Angelegenheiten müsse die Rechtsordnung mit unscharfen Begriffen arbeiten und ihr Vertrauen dabei in die Loyalität der rechtanwendenden Organe setzen. Es ist auch nicht zu verkennen, daß die Gegner der richterlichen Prüfung. so vor allem Anschütz, hauptsächlich den Art. 102 prüfen und dabei zu einer Ablehnung des sogenannten Prüfungsrechts gelangen, so daß es dann nur eine logische Folgerung dieses Ergebnisses ist, wenn sie bei der Prüfung des Art. 109/I zu einer Ablehnung der Bindung des Gesetzgebers gelangen, weil eine wirksame Möglichkeit, den Gesetzgeber zu überwachen, nicht vorhanden ist.

Andererseits kann man nicht sagen, daß die Billigung der richterlichen Prüfung allgemein als logische Folgerung aus der neuen Auffassung empfunden wird. Manche Schriftsteller[332]), die bei der Prüfung der Bindung mit Triepel zusammengehen, vollziehen bei der Prüfung des Rechtsschutzes eine Schwenkung und kommen zu einer Ablehnung.

In der Tat wird aber erst hier das ganze Problem entschieden. Was nützt eine Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht der Gleichheit, wenn jede Möglichkeit fehlt, dieser Bindung Geltung zu verschaffen? Eine Bindung ohne Hüter der Bindung ist schließlich nicht viel mehr als eine rein moralische Bindung, von der auch die Verteidiger der alten Lehre gelegentlich sprechen. Damit bleibt die ganze Frage eine rein akademische, die im Rechtsleben der Gemeinschaft niemals in Erscheinung tritt, wenn nicht das Parlament in strenger Selbstkritik seine Gesetze überprüft. Eine solche Selbstkritik wird möglicherweise im politischen Kampf von der Objektivität eines Parlaments nicht immer erwartet werden dürfen; aber selbst wenn sie verbürgt wäre, so bliebe doch ein altes Gesetz, das dem Rechtsempfinden nicht mehr entspricht, so lange in Kraft, bis der Gesetzgeber sich entschließt, es in irgend einer Form zurückzunehmen oder zu ersetzen. Die ständige Überwachung des Rechts und die Ausmerzung veralteter Gesetze zählt zwar zu den Aufgaben des

---

[330]) Grundrechte u. Polizeigewalt.

[331]) Die juristische Bedeutung der Grundrechte i. Allg., S. 42.

[332]) Hauptsächlich W. Jellinek, Aldag, Rümelin.

Gesetzgebers; aber gerade diese Aufgabe ist im täglichen Kampf der Politik der Gefahr ausgesetzt, vernachlässigt zu werden.

Die Behandlung der Frage des Rechtsschutzes gehört daher eng zum Thema. Wenn Triepel[333]) einmal eine andere Auffassung vertritt, so kann das nur in dem Sinne verstanden werden, daß die Frage des Prüfungsrechts damals aus der Aussprache auf der Staatsrechtslehrertagung in Münster aus technischen Gründen herausbleiben mußte. Eine andere Auslegung dieser Äußerung ist schon deshalb unzulässig, weil Triepel zur Begründung anschließend sagt, die Frage sei deshalb nicht mehr zu behandeln, weil das Reichsgericht sie ja bereits entschieden habe. Auch Rümelin[334]) tritt mit guten Gründen für die Zusammengehörigkeit beider Fragen ein.

Bevor die Frage des Rechtsschutzes geprüft werden kann, muß festgestellt werden, was für ein Recht aus der Verletzung des Art. 109/I für den Verletzten entspringt. Es besteht die Möglichkeit, daß der Art. 109/I ein subjektives öffentliches Recht oder nur die Reflexwirkung eines objektiven Rechts schafft. Nawiasky[335]) bezeichnet diese Frage als sekundär, sie muß aber beantwortet sein, ehe gesagt werden kann, ob ein Rechtsschutz besteht, denn zum Rechtsschutz gehört ein Objekt dieses Schutzes.

Eine Gruppe von Schriftstellern[336]) leugnet das Vorhandensein subjektiver öffentlicher Rechte überhaupt, da sie den Staat binden und dieser eben nicht gebunden werden könne. Mit Recht wird dagegen eingewandt, daß es nicht auf Schwierigkeit stößt, wenn der Staat einmal Objekt von Ansprüchen der Untertanen ist und andererseits die Beachtung dieser Ansprüche selbst überwacht[337]).

Nun geben nicht alle Grundrechte subjektive öffentliche Rechte, sondern eine Reihe von ihnen wendet sich an die Behörden und verleiht den Untertanen nur die Rückwirkung dieses „Dienstbefehls", den sogenannten Reflex des objektiven Rechts. Die Unterscheidung zwischen subjektiven Rechten und Reflexrechten ist sehr schwierig. Eine Gruppe von Schriftstellern[338]) nimmt an, daß ein subjektives Recht nur besteht, wenn ein gerichtlicher Schutz ihm zur Seite steht. Dagegen wird von anderer Seite[339]) eingewandt, daß z. B. in der Schweiz das Bun-

---

[333]) Veröffl. 3, S. 44 u. 53.
[334]) Gleichheit S. 30.
[335]) Veröffl. 3, S. 42.
[336]) Z. B. Laband, Rechtsstaatsrecht, S. 45, Anm. 3.
[337]) Fleiner, Institutionen, S. 162 f.; ähnlich Leibholz, Gleichheit S. 116; Aldag, Gleichheit S. 52.
[338]) Georg Jellinek, System d. öff. subj. R., S. 101; Bühler, R.V. S. 11; Fleiner, Instit. S. 163.
[339]) Aldag, Gleichheit S. 53; Leibholz, Gleichheit S. 117.

desgericht bei Verletzung des Gleichheitssatzes durch Kantongesetze eingreift, bei der Verletzung durch Bundesgesetze und -verordnungen kraft ausdrücklicher Verfassungsbestimmung aber nicht eingreifen darf. Somit gäbe der Gleichheitssatz den Kantonen gegenüber subjektives Recht, dem Bunde gegenüber aber nicht. Das ist unmöglich, weil ein subjektives öffentliches Recht notwendig der Staatsgewalt gegenüber ein absolutes Recht ist, das sich gegen den Gliedstaat und gegen den Bundesstaat, also gegen die Staatsgewalt schlechthin, richtet. Zudem ist oft auch ein Reflexrecht mit richterlichem Schutz ausgestattet. Entscheidend kann daher nur sein, ob der Gesetzgeber ein Individualinteresse mit der Vorschrift, die das Recht erzeugen sollte, wahrnehmen wollte oder nicht. So oft dies der Fall ist, kann von einem subjektiven öffentlichen Recht gesprochen werden[340]).

Das Recht der Gleichheit ist nach diesem Gesichtspunkt als subjektives öffentliches Recht zu bezeichnen[341]). Dafür spricht auch die Stellung des Satzes als Eingangsbestimmung der Grundrechte und seine geschichtliche Entwicklung als Rechtsgarantie für das Bürgertum. Aldag[342]) führt noch den guten Grund an, der Art. 110/II begründe bestimmt ein subjektives öffentliches Recht des Einzelnen. Er gewähre auch Gleichheit und sei in dieser Hinsicht vom Art. 109/I nicht der Art, sondern nur dem Grade nach verschieden. Art. 109/I könne fast wörtlich so lauten und müsse daher auch subjektives Recht sein. Dieser Ansicht haben sich die Anhänger Triepels ziemlich alle angeschlossen[343]). Auch Giese gibt zu[344]), daß die konkreten Auswirkungen des Gleichheitssatzes subjektive Rechte seien[345]). Thoma[346]) gebraucht eine neue Einteilung der Grundrechte und gelangt zu dem Ergebnis, der Gleichheitssatz sei ein „reichsverfassungskräftiges Grundrecht ersten Grades“[347]), damit ist im Enderfolg wohl auch die hier vertretene Ansicht gebilligt.

Die Frage, wer Subjekt dieses Rechtes sei, führt zu den Streitfragen, ob auch juristische Personen und Ausländer den Schutz des Gleichheitssatzes genießen. Auf das umfangreiche Schrifttum dazu kann hier nicht eingegangen werden. Die erste Frage ist zu bejahen, denn mit Recht führt Aldag[348]) an, daß es

---

[340]) Aldag, a. a. O. S. 54; Leibholz, a. a. O.

[341]) a. A. hauptsächlich Georg Jellinek, a. a. O. S. 72, 97; Burckhardt, Komm. z. Schweizer Bundesv., S. 28.

[342]) a. a. O. S. 55.

[343]) Kaufmann, Veröffl. 3, S. 7; Stier-Somlo, „Art. 109“, S. 172.

[344]) Preuß. Verw. Bl., 25, S. 117.

[345]) a. A. Hofacker, Grundrechte u. Grundpfl., S. 16; Finger, Staatsrecht, S. 94.

[346]) Grundr. u. Pol. Gew., S. 184 ff.

[347]) a. a. O. S. 192.

[348]) a. a. O. S. 58, ähnl. Leibholz, a. a. O. S. 85.

nicht möglich sei, einer offenen Handelsgesellschaft den Schutz des Gleichheitssatzes zuzubilligen, ihn aber eine Aktiengesellschaft zu versagen[349]). Die zweite Frage ist zu verneinen, denn gegen den klaren Wortlaut der Verfassung läßt sich der Schutz des Art. 109/I nicht auf Ausländer ausdehnen. Anschütz[350]) ist anderer Ansicht, weil es der Idee des Rechtsstaates widerspreche, Ausländer anders zu behandeln. Das ist zuzugeben; trotzdem ist die Gleichbehandlung von Ausländern nicht auf Art. 109/I zu stützen[351]). Die Frage wird praktisch bei Retorsionsmaßnahmen; an dieser Stelle muß es bei diesem Hinweis bewenden.

Schließlich ist noch festzustellen, daß die Verletzung des Gleichheitssatzes nur von einem persönlich Betroffenen geltend gemacht werden kann, daß also ein Rechtsschutzinteresse vorliegen muß. Eine Popularklage ist in Übereinstimmung mit der Schweizer Praxis abzulehnen[352]).

Zusammenfassend ist zu sagen: Art. 109/I gewährt ein subjektives öffentliches Recht, das von jedem deutschen Rechtssubjekt beim Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses geltend gemacht werden kann.

Schon während des Zustandekommens eines rechtsungleichen Gesetzes besteht nun die Möglichkeit, einzuschreiten und die Ausfertigung eines solchen Gesetzes zu verhindern. Die Reichsverfassung kennt dazu drei Wege: zunächst kann der Reichsrat von seinem Einspruchsrecht Gebrauch machen (Art. 74) und so die Entscheidung dem Präsidenten zuschieben[353]). Zweitens steht ein ähnliches Recht der unterliegenden Minderheit des Reichstages zu (Art. 72), wenn sie mehr als ein Drittel der Reichstagsstimmen und ein Zwanzigstel der Stimmen der stimmberechtigten Bürger (Art. 73/II) erhält und außerdem der Dringlichkeitserklärung des Reichstages und Reichsrats entgeht. Diese beiden Möglichkeiten sind aber unsicher in ihren Bedingungen, außerdem begründen sie nur ein Recht, niemals eine Pflicht zum Einschreiten gegen rechtsungleiche Gesetze. Sie können als Rechtsschutzgarantien ernstlich daher nicht in Frage kommen. Das Gleiche gilt von einem Volksbegehren, das nach Inkrafttreten des Gesetzes seine Außerkraftsetzung im Wege des Volksentscheids erstreben könnte.

Die dritte Rechtsschutzgarantie der Reichsverfassung liegt im Art. 70, sie ist wirkungskräftiger, aber in ihrer Tragweite heiß umstritten. Zunächst wird die Auffassung vertreten, der

---

[349]) a. A. Stier-Somlo, „Art. 109", S. 159.

[350]) Komm. S. 451 f.

[351]) So auch Stier-Somlo, a. a. O. S. 160; Thoma, a. a. O. S. 206; a. A. Aldag, a. a. O. S. 59; Leibholz, a. a. O. S. 86.

[352]) So auch Aldag, a. a. O.

[353]) Vergl. Protokolle d. Reichsrats vom 13. 4. 27 (25. Sitzung), § 337.

Reichspräsident könne aus Art. 70 nur die Befugnis zur Prüfung der formellen Verfassungsmäßigkeit der Gesetze herleiten, so daß eine Prüfung des Inhalts eines Gesetzes ihm garnicht zustehe[354]). Dieser Unterscheidung setzt Anschütz[355]) entgegen, daß ein materiell rechtswidriges Gesetz notwendig auch formell verfassungswidrig sein müsse, mit anderen Worten, daß eine Unterscheidung zwischen formeller und materieller Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nicht zweckmäßig ist. Der Reichspräsident muß aus Art. 70 nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht[356]) herleiten, ein Gesetz auf seine Übereinstimmung mit der Reichsverfassung zu prüfen, sofern es nicht mit verfassungändernder Mehrheit zustande gekommen ist. Ist er zu der Überzeugung gekommen, daß ein Gesetz etwa gegen den Gleichheitssatz verstößt, so darf er es nicht verkünden. Wie er sich dabei zu verhalten hat, darüber sind die Ansichten wieder geteilt. Vertreten wird die Ansicht, der Präsident müsse das Gesetz entsprechend Art. 73/I binnen Monatsfrist zum Volksentscheid bringen[357]). Demgegenüber wird aber an der Ansicht festzuhalten sein, daß der Reichspräsident sich frei weigern kann, ein „Gesetz" zu verkünden, das materiell verfassungswidrig und daher kein Gesetz ist, und daß dagegen keinerlei Mittel gegeben sind, höchstens ein Mißtrauensvotum für die Regierung, die solche Haltung des Präsidenten stützt. Art. 73/I setzt ein fehlerfreies Gesetz voraus, während hier überhaupt nur ein Rechtsschein vorliegt[358]). Auf diese Befugnis des Reichspräsidenten weist vor allem Schmitt[359]) hin, der die Stellung des Präsidenten aus dem pouvoir neutre et interméditaire Benjamin Constants (1814) ableitet. Schmitt[360]) sieht in der „relativ statischen und permanenten" Stellung des Präsidenten die beste Gewähr für die Prüfung der Gesetze vor ihrer Verkündung. Praktisch wird sich der Vorgang meist so abspielen, daß schon die Reichsregierung, die Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes hat, sich weigert, dem Präsidenten dieses Gesetz zur Verkündung vorzulegen[361]). Dann kann der Reichstag der Regierung das Vertrauen entziehen, die Last der Verantwortung für die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze wird von dem unangreifbaren Reichspräsidenten auf die Regierung abgewälzt. Aber gerade das läßt diese Rechtsschutzgarantie wieder ungeeignet erschei-

---

[354]) So Triepel, Arch. f. öffl. R. 39, S. 536; Stier-Somlo, a. a. O. S. 197.
[355]) Komm. S. 320.
[356]) Anschütz, a. a. O. S. 322.
[357]) Rümelin, Gleichheit S. 56.
[358]) Gerber, Gesetz u. Verf., S. 11 f.
[359]) Schmitt, Arch. f. öffl. R., NF. 16, S. 213 ff.
[360]) a. a. O. S. 233.
[361]) Diesen Weg sehen Anschütz, Komm. S. 321, u. Külz, D. J. Z. 31, Sp. 837, vor.

nen, denn der Reichstag kann mit der Drohung seines Mißtrauens sich eine Regierung unter Umständen gefügig machen. So erscheint der verhältnismäßig unangreifbare Präsident als berufener „Hüter der Verfassung“[362]), vorausgesetzt allerdings, daß seine Weigerung nicht unter Umständen erfolgt, die eine Anklage vor dem Staatsgerichtshof rechtfertigen. Eine Weigerung nach pflichtmäßigem Ermessen würde zur Verurteilung niemals Anlaß bieten; dagegen ist der Reichspräsident dem Volksentscheid, der ihn absetzt, gegenüber machtlos.

Gesetzt den Fall, der Präsident hätte nach pflichtmäßiger Prüfung ein Gesetz verkündet, so fragt sich, was damit geschehen ist. Ist diese Beurkundung der Verfassungsmäßigkeit unbedingt bindend oder nicht? Anschütz[363]) vertritt die Auffassung, die Verkündung schaffe eine unwiderlegbare Vermutung für die Verfassungsmäßigkeit; Poetzsch-Heffter[364]) will eine Vermutung bis zur Widerlegung gelten lassen. Das ist m. E. beides nicht haltbar. Man wird von einer Vermutung gar nicht sprechen, sondern wird besser einfach feststellen, daß die Verkündung eines Reichsgesetzes das sogenannte richterliche Prüfungsrecht nicht ausschließt[365]). Der Rechtsschutz durch den Reichspräsidenten genügt also nicht; das wird besonders klar, wenn man an bereits erlassene Gesetze denkt, die neuerdings materiell verfassungswidrig geworden sind, während bei ihrer Verkündung ein Widerspruch zur Reichsverfassung nicht bemerkt wurde — das kann z. B. bei veränderter Auslegung einer Verfassungsbestimmung der Fall sein —, und wenn man zweitens an verfassungändernde Gesetze denkt, denen gegenüber der Reichspräsident wehrlos ist, obwohl sie wie oben dargelegt, unter Umständen sehr wohl dem Art. 109/I widersprechen können.

Eine besondere Rechtsschutzgarantie sieht die Reichsverfassung schließlich für bereits verkündete Gesetze durch die Art. 19/I, 15/III Satz 2 und 13/II vor[366]). Die Stellung dieser drei Bestimmungen zueinander ist bestritten. Rümelin[367]) will die drei Bestimmungen überhaupt nicht anwenden, weil ihre Anwendung in diesem Zusammenhang dem „Geist der Reichsverfassung widersprechen“ würde. Leibholz[368]) hält für Landesgesetze Art. 15/III,2 für eine lex specialis zu Art. 19/I und

---

[362]) Schmitt, a. a. O.

[363]) Komm. S. 322.

[364]) Komm. S. 310.

[365]) So auch Gerber, a. a. O. S. 14.

[366]) Vgl. zum Folg. Stuckmann, die Grenzen der Verf. Autonomie der deutschen Länder, S. 51 ff.

[367]) Gleichheit S. 56.

[368]) Gleichheit S. 125 ff.; a. A. Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, S. 66 ff.

Art. 13/II wieder für eine lex specialis zu Art. 15/III/2, so daß ein Streit über die Verfassungsmäßigkeit von Landesrecht vor das Reichsgericht käme. Entspricht dagegen ein Reichsgesetz nicht der Verfassung, so hat die Landesregierung die Möglichkeit, durch widersprechende Anordnungen das Einschreiten des Reiches auf dem Aufsichtswege zu provozieren und so die Entscheidung auf Grund des Art. 15/III/2 dem Staatsgerichtshof zuzuschieben. Ebenso kann das Land gegen das Reich auf Grund des Art. 19/I vor dem Staatsgerichtshof klagen[369]). Dazu ist zu sagen, daß Art. 13/II eine Anrufung des Reichsgerichts auch zuläßt, wenn kein Streit entstanden ist, während der Staatsgerichtshof nach Art. 15/III/2 und 19/I nur tätig wird, wenn ein Streit vorliegt. Daher kann Art. 13/II nicht lex specialis zu den beiden anderen Bestimmungen sein[370]). Art. 19/I kommt aber deshalb für Landesrecht nicht zur Anwendung, weil die Verfassung den Staatsgerichtshof nur in solchen Fällen für zuständig erklärt, in denen nicht „ein anderer Gerichtshof des Reiches zuständig ist". Zuständig für die Entscheidung über die Gültigkeit von Landesrecht ist nach ausdrücklicher Bestimmung des Art. 13/II aber das Reichsgericht. Es bleiben also nur Art. 15/III/2 und Art. 13/II als Rechtsschutzgarantien übrig und Art. 19/I, sofern ein Land über ein Reichsgesetz mit dem Reich in Streit kommen kann. Wie weit eine Ausdehnung des Art. 19/I de lege ferenda empfehlenswert ist, ist auf dem 34. Juristentag eingehend behandelt worden.

Wichtig ist, daß die Entscheidung, die das Reichsgericht nach Art. 13/II fällt, Gesetzeskraft hat. Hierdurch wird das sogenannte richterliche Prüfungsrecht für den konkreten Fall endgültig ausgeschlossen, während es sonst durch die Art. 13/II und 15/III/2 nicht berührt wird.

Die Garantien der Art. 13/II, 15/III/2 und 19/I sind deshalb nicht geeignet, das sogenannte richterliche Prüfungsrecht zu ersetzen, weil in allen Fällen nur die Regierungen oder doch Zentralbehörden Partei sind und weil für sie niemals die Pflicht, sondern nur ein Recht zum Einschreiten vorliegt. Üben sie dieses Recht etwa aus politischen Opportunitätsgründen nicht aus, so ist jede Rechtsschutzmöglichkeit entfallen. Außerdem ist der Weg des Art. 15/III/2 gekünstelt und umständlich; es ist nicht anzunehmen, daß die Länder ihn gern und oft beschreiten. So bleibt es wesentlich bei der Befugnis des Reiches, dem Satz: Reichsrecht bricht Landrecht, Geltung zu schaffen. Für alle Fälle, in denen das Reich von dieser Befugnis keinen Gebrauch macht, so wie für die Fälle, daß Reichsrecht der Reichsverfas-

---

[369]) Leibholz, a. a. O. S. 128; ebenso Triepel, a. a. O. S. 78.
[370]) So auch Triepel, a. a. O.

sung widerspricht, bleibt nur die Nachprüfung durch den Richter.

Damit gelangt die Untersuchung zum praktischen Kernstück des gesamten Problems und vielleicht des ganzen gegenwärtigen Staatsrechts[371]). Zunächst muß die Bezeichnung „Prüfungsrecht" dem Vorschlag Schmitts[372]) folgend geändert werden in „Prüfungszuständigkeit", denn es ist von vornherein zu betonen, daß die Prüfung der Gesetze — sofern sie als zulässig erkannt wird — für den Richter eine Pflicht begründet. Auch wird nur dadurch der Eindruck vermieden, als verleihe das „Prüfungsrecht" den Gerichten eine übergeordnete Kontrolle, eine Aufsicht über die Parlamente. Eine solche Auffassung würde zum geltenden Staatsrecht, das dem Parlament die Hauptstellung zuweist, im offenbaren Widerspruch stehen und wird von den Gegnern daher auch gern als Gegengrund gebraucht. Trotz der Prüfungszuständigkeit bleibt das Schwergewicht des Staates im Parlament, er bleibt „Gesetzgebungsstaat" und wird deshalb noch nicht „Jurisdiktionsstaat"[373]). Ferner ist Schmitt darin beizustimmen, wenn er ausführt, der Richter, der zwei sich widersprechende Normen vor sich habe, handle in einer Art Notstand, wenn er eine Entscheidung zugunsten der höheren Norm fälle. Damit kann von einer Nichtigkeitserklärung des Gesetzes durch den Richter keine Rede sein, es ist lediglich so, daß der Richter das fragliche Gesetz nicht anwendet[374]). Das ist keine Kontrolle des Richters über den Gesetzgeber, sondern lediglich eine Anwendung der Verfassung im Einzelfalle. Der Richter gehorcht den Vorschriften der Verfassung in seinem Tätigkeitsgebiet nicht anders als jeder Staatsbürger, und dieser Gehorsam allein bildet eine „wichtige Garantie des öffentlichen Rechts"[375]). Diese Auffassung begegnet aber heute noch einer sehr starken Gegnerschaft. Die Prüfung der Frage geschieht am zweckmäßigsten stufenweise ansteigend: Verwaltungsmaßnahme, Landesgesetz, Reichsgesetz, Verfassungsgesetz.

Verwaltungsmaßnahmen gegenüber besteht zunächst eine Prüfungszuständigkeit ganz unbestritten[376]). Sie wurde schon vor dem Kriege meist landesrechtlich ausdrücklich anerkannt. Unter dem Gesichtspunkt des Art. 109/I ist sie von neuem begründet, denn Gesetz im Sinne dieser Bestimmung ist jeder

---

[371]) So Gerber, a. a. O. S. 28.

[372]) Arch. f. öff. R., NF. 16, S. 166.

[373]) Schmitt, a. a. O. S. 167.

[374]) Auch das RG.-Urteil vom 4. 11. 1925 spricht einfach davon, einer Norm die „Anwendung zu versagen" (111, S. 329).

[375]) Georg Jellinek, allg. Staatslehre, S. 794.

[376]) Vergl. Anschütz, Komm. S. 323; W. Jellinek, Verw. R., S. 156.

Rechtssatz. So bleibt die Bedeutung des Gleichheitssatzes Verwaltungsmaßnahmen gegenüber gering[377]), Thoma[378]) hält die „Brücke" sogar für ganz entbehrlich. Darin liegt aber eine Unterschätzung der Bedeutung des Art. 109/I, denn erstens ist es nicht unwesentlich, den Satz in der Reichsverfassung begründet zu sehen — etwa für den Fall, daß ein Land die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung seiner Verwaltungsakte nicht mehr zulassen sollte —, und zweitens sind Reichsverordnungen[379]) auf ihre Übereinstimmung mit Art. 109/I zu prüfen[380]). In dieser Beziehung ist uns die Prüfung selbstverständlich, während in der Schweiz die Prüfung von Bundesverordnungen nach § 178, Ziffer 1 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. 3. 1893 der Zuständigkeit der Gerichte ausdrücklich entzogen ist[381]). Leibholz[382]) weist außerdem noch darauf hin, daß zur Begründung eines Rechtsmittels stets dann der Art. 109/I herangezogen werden könnte, wenn das Gesetz nicht oder nicht richtig angewandt worden sei. Damit wird auch für die Beachtung des Gleichheitssatzes in der Rechtsanwendung ein Rechtsschutzmittel gegeben.

Die zweite Stufe enthält die Frage, ob der Richter einem Landesgesetz, das dem Art. 109/I widerspricht, die Anwendung versagen darf. Auch bei der Bejahung dieser Frage herrscht noch verhältnismäßige Einmütigkeit der Auffassungen[383]). Auf der Seite der Gegner einer solchen Zuständigkeit befinden sich alle die, die eine unitarische Entwicklung des Reiches überhaupt bekämpfen. Nawiasky[384]) will entsprechend seiner Auslegung des Art. 109/I die Prüfung der Landesgesetze auf ihre persönliche, nicht aber auf ihre sachliche Gleichheit zulassen. Ein Klassengesetz darf der Richter ablehnen, er darf aber nicht nachprüfen, ob ein Gesetz sachliche Rechtsgleichheit gewährt, denn das würde zu „Zentralismus und Richterkönigtum" führen. Diese Unterscheidung ist praktisch nicht zu machen, wenn der Richter ein Gesetz prüft, könnte er auch zu dem Ergebnis kommen, es sei sachlich rechtsungleich. Dann müßte er es trotz des Verstoßes gegen Art. 109/I anwenden, weil es keine persönliche Rechtsungleichheit begründet. Diese Konstruktion ist sehr

[377]) So Rümelin, Gleichheit S. 31.
[378]) Grundrechte usw. S. 220.
[379]) Auch Verordnungen auf Grund d. Art. 48 gehören dazu, denn Art. 109/I ist auch f. d. Notverordnungsrecht unantastbar.
[380]) So auch R. G. St. E. 56/181.
[381]) Aldag, a. a. O. S. 63.
[382]) a. a. O. S. 119.
[383]) Aldag, a. a. O. S. 61; Leibholz, a. a. O. S. 129; Anschütz, a. a. O. S. 323; Morstein-Marx, Arch. f. öffl. R., NF. 6, S. 218; vergl. auch R. G. St. E. 56/180; f. d. alte Staatsrecht: Triepel, Reichsaufs. S. 492.
[384]) Veröff. 3. S. 38.

gesucht und ein weiterer Beweis dafür, daß — wie oben[385]) ausgeführt — die Unterscheidung zwischen persönlicher und sachlicher Ungleichheit überhaupt unfruchtbar ist. Rümelin[386]) gibt zwar grundsätzlich die Überprüfbarkeit von Landesgesetzen zu, meint aber, man könne dabei an eine solche „Kautschuckbestimmung" wie Art. 109/I nicht denken. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Ist man einmal zu der Überzeugung gekommen, daß Art. 109/I an die gesetzgebende Gewalt der Länder einen Befehl erteilt, dann muß man dem Richter die Feststellung gestatten, ob dieser Befehl befolgt wurde, genau so, wie ihm in anderen Fällen die Feststellung gestattet wird. Es ist nicht angängig zu sagen: Dieser Befehl ist so unbestimmt, daß seine Nichtbefolgung nahe liegt, daher ist es auch nicht zulässig festzustellen, ob dieser Befehl befolgt worden ist. Art. 109/I ist ein klarer Satz der Verfassung und steht anderen deutlichen Sätzen in keiner Weise nach. Thoma[387]) lehnt diese Nachprüfung überhaupt ab, da sie die Staatlichkeit der Länder zerbreche und in Weimar deshalb nicht gewollt sei. Dem ist entgegenzusetzen, daß Art. 13/I in klarer, eindeutiger Weise die Ungültigkeit verfassungs- und reichsrechtswidrigen Landesrechts ausspricht, und daß der Richter so wenig wie irgend jemand so ungültiges Landesrecht anwenden darf. Diese Auffassung vertritt die Rechtsprechung ebenfalls allgemein.

In der dritten Stufe, die nach der Nachprüfbarkeit von Reichsgesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit fragt, stehen sich die Meinungen schroff gegenüber. Der Kampf kann hier nur in großen Strichen geschildert werden.

Die Entstehungsgeschichte der Reichsverfassung ist wieder unergiebig, die Prüfungsbefugnis wurde im Verfassungsausschuß ausführlich behandelt, dann aber, da keine Einigung zu erzielen war, nicht entschieden, sondern absichtlich offengelassen[388]). In einer gründlichen Untersuchung kommt Thoma[389]) zu dem Ergebnis, da die Verfassung schweige, handele es sich um ein „echtes Problem", das nur noch mit voluntaristisch-politischen Mitteln entschieden werden könne. Bisher habe nun immer der Grundsatz geherrscht, die Nachprüfung sei unzulässig[390]); bei der Überlegung, ob die Nachprüfung inzwischen durch Revolution oder Republik erforderlich gemacht worden sei, komme man zu einer Ablehnung der Prüfungszuständigkeit.

---

[385]) S. o. S. 52.
[386]) Gleichheit S. 39.
[387]) Grundrechte u. Pol. Gew. S. 121; ähnlich v. Hippel, Arch. f. öffl. R., NF. 10, S. 133.
[388]) Protokolle d. Verfassungsaus., S. 483/86.
[389]) Arch. f. öffl. R., NF. 4, S. 268.
[390]) Vergl. W. Jellinek, Verf. u. Verw., S. 141.

denn auch jetzt seien die Rechtsschutzgarantien der Reichsverfassung stark genug[391]). Anschütz[392]) glaubt demgegenüber, die Ablehnung der Nachprüfbarkeit von Reichsgesetzen dadurch zu begründen, daß er der Verfassung den Rang einer höheren Norm den Gesetzen gegenüber abspricht. Vor allem aber wird eingewandt[393]), durch die Prüfungszuständigkeit der Gerichte werde die Entscheidung darüber, was Recht und nicht Recht sein solle, schließlich aus der Versammlung der Volksvertreter hinweg in die Reihen eines Standes verlegt, der nunmehr nach seinen Standesbegriffen den Entscheid fällen könne. So gelange man zu einer „Aristokratie der Roben"[394]), zum Richterkönigtum, kurz, zu dem geraden Gegenteil von Demokratie. Ferner wird eingewandt[395]), die Heranziehung der Schweizer und amerikanischen Praxis sei unzulässig, denn dort habe sich eine feste Rechtsprechung herausgebildet, die in Deutschland noch fehle, und außerdem bestände dort ein größeres Vertrauen zu den Obergerichten. Dem ist gleich zu erwidern, daß eine Praxis auch bei uns bereits aus der ganz gleichartigen Nachprüfung von Verwaltungsakten bei den Verwaltungsgerichten vorhanden ist und daß im schlimmsten Falle eine Übergangszeit mit in Kauf genommen werden muß. Die Anspielung auf die sogenannte Justizkrise, die Rümelin macht, erscheint gerade hier durchaus nicht am Platze, denn bei der Wahl, ob dem Parlament oder dem Gericht die gewissenhafte Beachtung des Gleichheitssatzes eher zuzutrauen sei, wird auch der größte Verfechter der Justizkrise dem Gericht den Vorzug geben müssen.

Die Prüfungszuständigkeit wird bejaht von der Gruppe der Anhänger Triepels. Auch hierbei schränkt Kaufmann[396]) wieder etwas ein, indem er die Prüfung auf äußerste Grenzen beschränkt wissen will. Kaufmann gibt selbst zu, daß diese Formulierung von „labilen Faktoren" abhängig sei, hofft aber, daß sich bald eine feste Praxis herausbilden werde. Ihm hat sich neuerdings W. Jellinek[397]) angeschlossen.

Triepel[398]) vertritt von vornherein den Standpunkt, die Ausfertigung eines Gesetzes besage über seine Verfassungsmäßig-

---

[391]) Ähnlich v. Hippel, Arch. f. öffl. R., NF. 10, S. 132; Aldag, Gleichheit S. 61; Georg Jellinek, System usw. S. 97 f.; W. Jellinek, der später seine Ansicht etwas geändert hat, a. a. O. S. 141; Wegner, Z. f. Rechtsphil. IV, S. 146.

[392]) Komm. S. 325.

[393]) v. Hippel, a. a. O. S. 49; Anschütz, a. a. O. S. 466 u. Veröffl. 3, S. 49.

[394]) Schmitt, Arch. f. öffl. R. 55, S. 236.

[395]) Rümelin, Gleichheit S. 41.

[396]) Veröffl. 3, S. 19 ff.

[397]) Veröffl. 3, S. 59.

[398]) Arch. f. öffl. R. 39, S. 456.

keit noch nichts. Daher sei der Richter berufen, darüber erstmalig zu entscheiden, und in seiner Prüfungszuständigkeit liege der wichtigste Schutz der bürgerlichen Freiheit gegenüber dem Machthunger des Parlaments[399]). Zuzugeben sei zwar der politische Charakter solcher Gerichtsbarkeit, aber dieses Verfahren, das auch in Amerika mit bestem Erfolg gehandhabt werde, sei immerhin noch das objektivste[400]). Gegen die Befürchtung, die Prüfungszuständigkeit werde das demokratische Prinzip des Staates durch ein aristokratisches ersetzen, wendet sich vor allem Holstein[401]), indem er ausführt, es könne sich höchstens um eine „Aristokratie geistig schaffender Persönlichkeiten" handeln. Das aber widerspreche nicht der Demokratie, sondern darin liege gerade ein „Stück ihrer Funktionenverteilung"[402]). Gegen den Vorwurf, die Prüfungszuständigkeit zerstöre die Gewaltenteilung, wendet Leibholz[403]) ein, im Gegenteil sei allein die Prüfungszuständigkeit geeignet, innerhalb des Gewaltensystems relativ am besten und ohne Despotismus eine Ausgleichung zu gewährleisten[404]). Der Richter wird noch nicht zum Gesetzgeber, sondern er als die objektivste Instanz verhindert nur, daß der Gesetzgeber mit der ihm anvertrauten Gewalt Mißbrauch treibt[405]). In ähnlicher Weise entwickelt Kelsen[406]), daß das Gericht durch ein kassierendes Urteil zwar „negativer Gesetzgeber" werden würde, bei einfacher Nichtanwendung eines Gesetzes von einer Störung des Gewaltenverhältnisses aber keine Rede sei.

Die Praxis schließt sich dieser neuen Lehre in der letzen Zeit an. Das Reichsgericht tut dies in zwei Entscheidungen[407]); die anderen Obergerichte haben sich ihm angeschlossen[408]), während sie früher die Prüfungszuständigkeit bestimmt ablehnten[409]). Der Umschlag wurde bezeichnet durch die seinerzeit viel er-

---

[399]) Ebenso Goldschmidt, J. W., 1924, S. 245.

[400]) Vergl. ausführl. Triepel, Veröffl. 5, S. 16 ff.

[401]) Arch. f. öffl. R., NF. 11, S. 37.

[402]) Holstein, Veröffl. 3, S. 56.

[403]) Arch. f. öffl. R., NF. 12, S. 23 f.

[404]) Auf die Gefahr einer Gewalthäufung in einer Hand weist Genzmer, Schwedische Verf., S. 11 hin.

[405]) Ähnl. Stier-Somlo, „Art. 109", S. 197.

[406]) Veröffl. 3, S. 85 ff.; Bertram, Verw. Arch. 35, S. 123.

[407]) R.G.Z.E. 111/323; 126/161 (vergl. auch Thoma, d. jur. Bed. d. Grundr., u. Hensel, Grundr. u. Rechtspr., S. 51).

[408]) Reichsfinanzhof, Bd. 5, S. 333 (dazu Hensel, Arch. f. öffl. R., NF. 6, S. 311); Reichsfinanzhof, D.J.Z. 32, Sp. 232; Bayr. Ob.L.G., D.J.Z. 31, Sp. 903; Hamb. O.V.G., J. W. 1927, S. 1288; Großer Senat d. Reichsversorgger. in Rechtsfragen am 21. 10. 1924, D.J.Z. 30, Sp. 332.

[409]) Z. B. Preuß. O.V.G. 63, S. 168, i. Jahre 1912.

örterte Kundgebung des Richtervereins beim Reichsgericht gegen die geplante Abgeltverordnung[410]). Der ehemalige Reichsgerichtspräsident Simons[411]) bezeichnete das Reichsgericht ausdrücklich als den „Wächter der Verfassung", und diesen Ausdruck griff der Staatsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 15. 10. 1927[412]) wieder auf. Interessant ist auch der Plenarentscheid des Danziger Obergerichts vom 18. 1. 1926[413]), der den § 9 des Danziger Ausgleichsgesetzes mit guter Begründung für rechtsungültig erklärt. Der Art. 71 der Danziger Verfassung, der ausdrücklich die Grundrechte als Richtschnur für den Gesetzgeber hinstellt, vereinfacht die Lage in Danzig allerdings etwas. So hat sich die Rechtsprechung bereits entschieden. Die Reichsregierung schloß sich indirekt in der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes für die Errichtung eines Prüfungsgerichtshofes der neuen Lehre an[414]). Thoma[415]) brachte als Einwand gegen die Prüfungszuständigkeit, daß, sobald die Gerichte anfingen, die Reichsgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen, sofort ein verfassungänderndes Gesetz ihnen diese Befugnis ausdrücklich nehmen würde. Ob das geschieht, bleibt abzuwarten. Jedenfalls ist dies kein Grund gegen die Prüfung, denn, solange die Verfassung schweigt, muß das, was als Recht erkannt wird, auch durchgeführt werden, selbst auf die Gefahr hin, daß ein Gesetz bald diese Auslegung verbietet. Außerdem scheint es auch richtig, daß die Gerichte auf diese Weise gegebenenfalls ein Einschreiten des Verfassungsgesetzgebers provozieren, um ihn zu zwingen, diese unerfreuliche Lücke im Verfassungswerk, die in Weimar aus Kompromißrücksichten offen blieb, endgültig zu schließen. Für das alte Preußen ist ein solcher Konflikt nie entstanden, denn Art. 107 der Verfassung vom 31. 1. 1850 verbot die Nachprüfung von Gesetzen und königlichen Verordnungen durch die Gerichte klipp und klar. Eine ähnliche erfreuliche Deutlichkeit findet sich heute in der bayrischen Verfassung, die im Art. 72 den Gerichten die Nachprüfung aller Gesetze auf ihre Reichsverfassungsmäßigkeit erlaubt. Dabei erhebt sich aber die Frage, ob eine Landesverfassung eine solche Vorschrift auch über die Behandlung der Reichsgesetze überhaupt erlassen kann. Nawiasky[416]) bejaht die Frage, da die Verfassungen der Länder befugt seien,

---

[410]) J. W. 1924, S. 90.
[411]) D.J.Z. 31, Sp. 246.
[412]) R.G.Z.E. 118, Anhg. S. 4.
[413]) D.J.Z. 31, Sp. 296.
[414]) Reichstagsdrucksache IV. Wahlperiode, Nr. 382.
[415]) Grundrechte u. Pol. Gew., S. 222.
[416]) Bayr. Verfassungsrecht, S. 75.

eine solche Anordnung zu treffen, solange kein Reichsverfassungsrechtssatz darüber etwas sage. Anschütz[417]) bestreitet das mit der Begründung, aus Art. 70, 72, 102 R. V. gehe implicite hervor, daß Reichsgesetze überhaupt nicht nachprüfbar seien, außerdem gehöre die Materie „Reichsgesetzgebung" zu der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Reiches. Daher könne nur der Reichsgesetzgeber irgend eine positive Anordnung über die Behandlung der Reichsgesetze treffen. Das erste Argument ist durch die Ausführungen von Triepel u. a. widerlegt, das zweite ist jedoch stichhaltig. Wenn die Gerichte ihre Prüfungszuständigkeit bejahen, so tun sie es auf Grund der Auslegung der Reichsverfassung allgemein. Eine Landesverfassung kann in dieser eigensten Angelegenheit des Reiches nichts anordnen.

In dem Streit der Meinungen ist denen zu folgen, die eine Prüfungszuständigkeit auch für Reichsgesetze bejahen. Dieser Schluß braucht keineswegs nur auf voluntaristisch-politischen Motiven zu beruhen, sondern er ergibt sich aus der Gesamtauslegung der Reichsverfassung und ihrer Entstehungsgeschichte. Wenn der Verfassungsausschuß auf eine Bestimmung verzichtete und die Frage absichtlich offen ließ, so ist das überhaupt nur so zu verstehen, daß man sich damals nicht zuständig fühlte, eine so schwere Frage von vornherein zu lösen, sondern es vorzog, zu warten, wie die Reichsverfassung sich in der Praxis entwickeln würde. Man vertraute darauf, daß beim Schweigen der Verfassung die Gerichte selbst den Weg einschlagen würden, der auf Grund der bis dahin gesammelten Erfahrungen richtig schien und über den der Verfassungsausschuß nicht entscheiden wollte, weil Erfahrungen eben damals noch nicht vorlagen. Aus den Art. 70, 72 und 102 R.V. ist kein Schluß zu ziehen, denn wenn man annimmt, daß Art. 109/I den Gesetzgeber bindet, dann muß man folgern, daß ein Reichsgesetz, das gegen Art. 109/I verstößt, nichtig ist, d. h. daß die Richter ihm auch nicht unterworfen sind. Am einleuchtendsten erscheint die Überlegung, daß die Verfassung als Norm höherer Ordnung bei Normenkollisionen den Vorrang hat. Der Richter stellt fest, ob Normenkollision vorliegt und gibt, wenn das der Fall ist, der höheren Norm den ihr gebührenden Vorrang, indem er das einfache Gesetz nicht anwendet. Das ist der einzig mögliche Weg, soll nicht Art. 109/I eine rein theoretische Bindung des Gesetzgebers begründen.

Nun bleibt die letzte und höchste Stufe der Gesetzgebung zu betrachten: Die Verfassungsgesetze. Kann der Richter unter Umständen einem nach Art. 76 zustande gekommenen Reichsgesetz die Anwendung versagen, wenn es inhaltlich dem Art.

---

[417]) Verw. Arch. 30, S. 348.

109/I widerspricht? Das muß nach dem bisher Ausgeführten logischerweise bejaht werden für den Fall, daß der Reichstagsbeschluß offenbar nicht dem Rechtsempfinden der Gemeinschaft entspricht. Das wird, wie oben ausgeführt, aber nur in seltenen Fällen so sein; meist ist auch die Mehrheit des Volkes mit ihrem Willen hinter der qualifizierten Mehrheit des Parlaments. Ist das aber einmal nicht der Fall, dann muß der Richter dem Gesetz auch die Anwendung versagen, denn das Recht steht nicht zur Disposition des Gesetzgebers, sondern auch die Gesetzgebung ist Rechtsanwendung[418]). Dabei muß eine nähere Begründung auf die Überschreitung der oben erwähnten Blankettvollmacht[419]) gestützt werden. Bemerkenswert ist auch hierzu die Kundgebung des Vorstandes des Richtervereins am Reichsgericht[420]) da sie Treu und Glauben für ein außerpositives Prinzip erklärt, das keiner Rechtsordnung fehlen dürfe, „sofern sie diesen Ehrennamen verdient", und das der Gesetzgeber daher auch nicht durch sein Machtwort beiseite schieben könne.

Abschließend muß noch auf die Entwicklung hingewiesen werden, die insbesondere die Frage der Nachprüfbarkeit von Reichsgesetzen wahrscheinlich dadurch erhalten wird, daß durch Reichsgesetz dem Staatsgerichtshof diese Befugnis allein oder neben den Gerichten ausdrücklich übertragen wird. Einen solchen Gerichtshof sah die Frankfurter Verfassung von 1849 im § 126, die Erfurter Unionsverfassung von 1850 in § 124 vor. Für Österreich ist durch Art. 144 der Bundesverfassung neuerdings ein Verfassungsgerichtshof errichtet worden, der allerdings nur über Beschwerden wegen Verletzung der verfassungsmäßig gewährleisteten Rechte durch Entscheidungen der Verwaltungsbehörden entscheidet. Diese Aufgabe könnte gegebenenfalls dem zu schaffenden Reichsverwaltungsgericht übertragen werden[421]).

In Weimar wollten die Gegner der richterlichen Prüfungszuständigkeit gern die Aufgabe der Prüfung dem Staatsgerichtshof übertragen sehen. Im Jahre 1926 veröffentlichte der damalige Innenminister Külz[422]) einen Gesetzentwurf, der die Prüfung der Reichsgesetze dem Staatsgerichtshof überträgt und erfüllte damit gleichzeitig den Wunsch des 33. (Heidelberger) Juristentages, der einen Zusatz zu Art. 70 wünschte des Inhalts, daß vor der Verkündung eines Gesetzes das Gutachten des Staatsgerichtshofs über seine Vereinbarkeit mit der Reichsverfassung eingeholt werden könne. Der 34. (Kölner) Juristen-

---

[418]) Vergl. Leibholz, Gleichheit S. 124.
[419]) Rümelin, Gleichheit S. 71.
[420]) J. W. 1924, S. 90.
[421]) Vergl. Leibholz, Gleichheit S. 120.
[422]) In D.J.Z. 31, Sp. 837.

tag[423]) hatte einige Änderungswünsche zu dem Entwurf, insbesondere sollte der Staatsgerichtshof ausschließlich für die Auslegung der Reichsverfassung zuständig sein und die Prüfungszuständigkeit allen anderen Gerichten genommen werden. Die Frage der Prüfungszuständigkeit der anderen Gerichte hatte der Entwurf wieder offen gelassen[424]). Der Gesetzentwurf wurde diesen Wünschen entsprechend etwas geändert und ging, nachdem ihn der Reichsrat einstimmig angenommen hatte, am 11. Dezember 1926 dem Reichstag zu, ist in dieser Sitzung aber nicht mehr erledigt worden. So wurde er am 16. 10. 1928 in der IV. Wahlperiode wieder vorgelegt[425]), harrt aber auch jetzt noch seiner Erledigung. Aus dem neuen Entwurf ist vor allem wesentlich die Bestimmung, daß bei Zweifeln über die Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen ein Drittel des Reichstages oder des Reichsrats oder die Reichsregierung den Staatsgerichtshof anrufen können[426]), ferner, daß der Staatsgerichtshof in jedem Falle vor seinem Beschluß die Reichsregierung hören müsse[427]) — also eine Einschaltung des Moments der Rechtssicherheit und eine Berücksichtigung der staatspolitischen Notwendigkeit — und schließlich, daß Reichspräsident und Reichsregierung schon im voraus ein Gutachten des Staatsgerichtshofs über einen Gesetzentwurf erbitten können[428]). Zu dem Gedanken der ausschließlichen Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs bekennen sich heute fast alle grundsätzlichen Gegner der Prüfungszuständigkeit[429]). Es ist sehr zu hoffen, daß durch Annahme eines derartigen Gesetzes die bedauerliche Unklarheit im Rechtsleben bald beendet wird.

Solange ein solches Gesetz noch nicht angenommen ist, besteht für alle Gerichte die Prüfungszuständigkeit gegenüber Verwaltungsmaßnahmen des Reiches und der Länder — sofern nicht Verwaltungsgerichte allein zuständig sind —, ferner gegenüber Landesgesetzen, Reichsgesetzen und in gewissen Fällen auch gegenüber Verfassungsgesetzen. Das sind die Garantien, die dem Staatsbürger die Beachtung des Art. 109/I durch den Gesetzgeber so vollkommen sichern, wie es kein Reichsorgan auf Grund der Verfassung könnte. Daher kann bis zu einer besseren Regelung auf die Prüfungszuständigkeit nicht verzichtet werden.

---

[423]) Verh. S. 288.

[424]) Vergl. Külz, a. a. O., u. Grau, Arch. f. öffl. R., NF. 11. S. 287.

[425]) Reichstagsdrucksache Nr. 382.

[426]) § 1 des Entwurfes.

[427]) § 6 des Entwurfes.

[428]) § 7 des Entwurfes.

[429]) So Anschütz in d. Verhandl. d. Kölner Juristentages, S. 209; Thoma, Grundrechte u. Pol. Gew., S. 222 f., die jur. Bedeutg. d. Grundr. i. Allg., S. 200; Stier-Somlo, „Art. 109", S. 200.

§ 7.

Zusammenfassung der Ergebnisse.

Die Untersuchung des Art. 109/I ist damit abgeschlossen. Der Kampf um die neue Lehre zeigt eine buntgemischte, aber um so gewichtigere Front, die sich für die Bindung des Gesetzgebers und die Überwachung der Bindung durch den Richter einsetzt. Gerade der Umstand, daß Vertreter aller politischen Richtungen in diesem Kampf nebeneinander stehen, mag ein Beweis dafür sein, daß trotz des zersetzenden, politischen Kampfes des letzten Jahrzehnts eine Gemeinsamkeit des Rechtsempfindens geblieben ist[430]). Die Frage, ob die Gleichheit des Gesetzes zum Wesen des Rechtsstaats gehört oder nicht, führt zu letzten, metaphysischen Fragen, die im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht erschöpft werden konnten, weil sie zu weit vom Thema abgeführt hätten. Trotzdem ist es erst, wenn diese letzte Forderung erkannt ist, klar, daß Art. 109/I nicht e i n Problem, sondern d a s Problem des Rechtsstaates ist. Die ganze Untersuchung wird wichtig und interessant zugleich dadurch, daß eine „Krise der Rechtswissenschaft"[431]) ausgebrochen zu sein scheint, die in Münster auf der Staatsrechtslehrertagung z. B. offen in Erscheinung trat. Die Frontenstellung ist dabei Überpositivismus gegen Positivismus, und der Art. 109/I ist der Schlüsselpunkt in der Stellung des Überpositivismus. Die Frage wird weiter schwierig dadurch, daß politische Gesichtspunkte ihr nicht fremd sind. Sicher ist mancher Vertreter konservativer Anschauungen Anhänger der neuen Lehre, weil er ein Mißtrauen gegen das Parlament nicht überwinden kann, aber der Vorwurf v. Hippels[432]), die neue Auslegung erscheine als Versuch, die Reichsverfassung außer Kraft zu setzen, muß zurückgewiesen werden, denn neben Triepel und Kaufmann etwa steht auch Heller, der politisch eine durchaus entgegengesetzte Anschauung vertritt. Daher kann an der juristischen Stichhaltigkeit der neuen Lehre nicht einfach unter Hinweis auf ihre angebliche politische Tendenz gezweifelt werden, wie insbesondere Mainzer[433]) es tut. Zudem gehören zu den Anhängern der neuen Lehre auch die Anhänger der Freirechtsschule, die wohl weitgehend im liberalen Lager stehen, und die Anhänger des katho-

---

[430]) Vergl. Holstein, Arch. f. öffl. R., NF. 11, S. 37.

[431]) Leibholz, Arch. f. öffl. R., NF. 12, S. 1.

[432]) v. Hippel, Arch. f. öffl. R., NF. 10, S. 152.

[433]) Gleichheit usw. S. 29, Anm. 2 und an vielen and. Stellen.

lischen ius divinum[434]), die darin eine naturrechtliche Gewalt über der Verfassung erblicken. Allen gemeinsam ist der Wille, die Auslegung der Frage im Sinne ihres Rechtsempfindens zu erreichen. Wenn daher Nawiasky[435]) sagt, zur Auslegung dürfe nur der „immanente Ideengehalt des positiven Materials" herangezogen werden, nicht aber das transzendente, so ist ihm zu entgegnen, daß der immanente Ideengehalt des positiven Materials — sofern er nicht selbst transzendent ist — stets in das Transzendente hinüberführt, sobald man ihn eingehender prüft, insbesondere die Frage stellt, mit welchem Recht die immanenten Gedanken der Rechtsordnung ausgesondert und als Prinzipien aufgestellt werden können. Ob man nun das Prinzip der Gleichheit einen immanenten Gedanken des positiven Materials nennt oder ob man in ihm ein Stück des vom Rechtsempfinden getragenen Inhalts der Rechtsidee sieht, das kommt im Ergebnis beides darauf hinaus, daß man das Gleichheitsprinzip für einen Leitgedanken der Rechtsordnung erklärt, der, wie auf jede Rechtsbetätigung, so auch auf die Rechtsetzung Anwendung finden müsse. Der Unterschied ist nur der, daß Nawiasky, der als Positivist durchaus die Bindung des Gesetzgebers annimmt, jede Berücksichtigung des „transzendenten Materials", d. h. jedes rechtsphilosophische Fundament ablehnt. Der Rechtsphilosophie darf aber die Eigenschaft als letztes Auslegungsmittel nicht abgestritten werden. Nur über sie führt der Weg zu den anderen Geisteswissenschaften, die die universitas litterarum mit der Rechtswissenschaft vereint.

Das Ergebnis der Untersuchung ist dahin zusammenzufassen: der Art. 109/I bindet die gesetzgebende Gewalt des Reiches und der Länder dergestalt, daß er ihnen jede Gesetzgebung verbietet, die zwischen Tatbeständen Unterscheidungen trifft, welche sich nach pflichtmäßigem Ermessen nicht vertreten lassen[436]). Das pflichtmäßige Ermessen spielt dabei die gleiche Rolle wie im Verwaltungsrecht, es bannt den Gesetzgeber in den Rahmen der Verfassung wie den Verwaltungsbeamten in den Rahmen der Gesetze. Ein Ermessensmißbrauch wird auch nach gleichen Maßstäben wie im Verwaltungsrecht vom Richter zurückgewiesen, er liegt insbesondere vor, wenn die Begründung einer vom Gesetz getroffenen Unterscheidung unsachlich erscheint. Die Überprüfung ist Pflicht der Gerichte allen Rechtsnormen gegenüber. Verfassungsgesetzen gegenüber aber nur dann, wenn sie

[434]) Vergl. z. B. Marx, Gesetz u. Richter, d. R. Z. 22, S. 43.

[435]) Veröffl. 3, S. 62.

[436]) Vgl. bei Manigk, Art. „Unwirksamkeit, Ungültigkeit", i. H. d. R., Bd. VI. S. 312 f., die Annäherung dieser Gedanken an die Grundsätze des Zivilrechts.

unter Mißbrauch der Blankettgewalt zustande kommen. Da mit der allgemeinen Prüfungszuständigkeit der Nachteil der Rechtsunsicherheit aber leicht verbunden sein kann, ist die Übertragung der Prüfungszuständigkeit an den Staatsgerichtshof de lege ferenda zu befürworten.

Lebenslauf.

Am 22. September 1905 wurde ich, Karl Friedrich Albert Wolfgang Dix, als Sohn des Marinebaurats Johannes Dix und seiner Ehefrau Alice, geb. Lehnen, zu Berlin geboren. Ich besuchte das staatliche Gymnasium in Kiel und das Bismarck-Gymnasium in Berlin-Wilmersdorf, und bestand hier 1926 das Abiturientenexamen. Ich studierte dann 2 Semester an der Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin und 5 Semester an der Philippsuniversität in Marburg. Am 5. Februar 1930 bestand ich am Oberlandesgericht in Kassel die Referendarprüfung, am 1. April 1930 wurde ich zum Referendar ernannt; die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 1. August 1930 vor der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Philippsuniversität.

Es sei mir gestattet, Herrn Prof. Dr. Dr. Genzmer für die Förderung meiner Arbeit an dieser Stelle meinen aufrichtigen Dank auszusprechen.

Druck von Gottfr. Pätz, Naumburg a. d. S.